Anulabilidad de las cláusulas abusivas

Gustavo Andrés Correa Valenzuela



Opera Prima
Jurisprudencia





Anulabilidad de las cláusulas abusivas

Gustavo Andrés Correa Valenzuela

SciELO Books / SciELO Livros / SciELO Libros

CORREA VALENZUELA, G. A. *Anulabilidad de las cláusulas abusivas* [online]. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2015, 122 p. Opera prima collection. ISBN: 978-958-738-630-1. https://doi.org/10.7476/9789587386301.



All the contents of this work, except where otherwise noted, is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International license.

Todo o conteúdo deste trabalho, exceto quando houver ressalva, é publicado sob a licença Creative Commons Atribição 4.0.

Todo el contenido de esta obra, excepto donde se indique lo contrario, está bajo licencia de la licencia Creative Commons Reconocimento 4.0.


Universidad del
Rosario

ANULABILIDAD DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

Correa Valenzuela, Gustavo Andrés

Anulabilidad de las cláusulas abusivas / Gustavo Andrés Correa Valenzuela. – Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, 2015.

122 páginas. – (Colección Opera Prima)

Incluye referencias bibliográficas

ISBN: 978-958-738-629-5 (rústica)
ISBN: 978-958-738-630-1 (digital)

Derecho privado / Contratos (Derecho) / Contratos (Derecho) - Legislación / Responsabilidad contractual / Anulabilidad – Aspectos jurídicos / I. Título / II. Serie

346.022 SCDD 20

Catalogación en la fuente – Universidad del Rosario. Biblioteca

agh Julio 7 de 2015

Hecho el depósito legal que marca el Decreto 460 de 1995

ANULABILIDAD DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

GUSTAVO ANDRÉS CORREA VALENZUELA



Colección Opera Prima

© Editorial Universidad del Rosario
© Universidad del Rosario,
Facultad de Jurisprudencia
© Gustavo Andrés Correa Valenzuela

Editorial Universidad del Rosario
Carrera 7 Nº 12B-41, oficina 501
Teléfono 297 02 00
editorial.urosario.edu.co

Primera edición: Bogotá D. C., julio de 2015

ISBN: 978-958-738-629-5 (rústica)
ISBN: 978-958-738-630-1 (digital)

Coordinación editorial:
Editorial Universidad del Rosario
Corrección de estilo: Ludwing Cepeda
Diseño de cubierta: David Reyes,
Precolombi
Diagramación: Martha Echeverry
Impresión: Xpress. Estudio Gráfico y
Digital S. A.

Impreso y hecho en Colombia
Printed and made in Colombia

Fecha de evaluación: 12 de mayo de 2014
Fecha de aceptación: 22 de abril de 2015

Todos los derechos reservados. Esta obra no puede ser reproducida sin el permiso previo por escrito de la Editorial Universidad del Rosario.

Contenido

A mi familia, por su incondicional apoyo e inspiración.
Al doctor Eduardo Clavijo, por su indispensable dirección guía
en esta investigación.
A todos ante quienes he tenido el honor de llamarme Alumno.

Introducción

El derecho privado ha encontrado nuevas matices a partir del desarrollo en las modalidades de contratación que rompen con el esquema contractual clásico del derecho civil. Se trata, precisamente, de la contratación masiva y la predisposición de clausulados por una parte contractual, y de la adhesión a ellos por la otra parte. El desarrollo de la producción masiva y la estandarización en la prestación de servicios y venta de bienes han conducido a la economía del consumo que, a su vez, ha dado lugar a que las prácticas comerciales evolucionen y, consecuencialmente, se genere lo que llamamos contratos de adhesión.[1]

El contrato de adhesión no es otro que aquel contrato en virtud del cual surgen relaciones contractuales en las que una parte se encuentra en una posición prevalente ante la otra, por celebrar un considerable número de contratos similares, muchas veces idénticos, con grandes cantidades

---

[1] Fue en suma la irrupción de la señalada metodología negocial (contratos tipo, estándar, en masa, de adhesión) por un lado, la que originó un viraje significativo en la valoración intrínseca de la relación jurídica, *v. gr.*, en lo referente con la hermenéutica de las cláusulas o condiciones que la integran o con la fijación de reglas precisas enderezadas a clarificar las situaciones constitutivas de abuso contractual (…).

Jaramillo, Carlos Ignacio. El contrato de seguro. Teoría general del contrato. Pontificia Universidad Javeriana, Editorial Temis. Bogotá, Colombia. Págs. 569 y 570.

de personas; tornando poco práctico para esta persona el discutir las condiciones de cada contrato y cada cláusula o condición con cada uno de sus contratantes o clientes, lo que lleva a que estandarice las condiciones contractuales de sus negocios.

La implementación de contratación masiva genera importantes beneficios como reducción de costos, aumento de seguridad jurídica, minimización de riesgos, posibilita la regulación de aspectos técnicos de los negocios, promueve la claridad en la interpretación jurídica y reduce los precios al consumidor.[2] Por ello, el ejercicio comercial ha evolucionado en sus prácticas contractuales hacia la masificación en la contratación con la clientela de quien tiene la capacidad comercial, financiera y/o técnica de prestablecer las condiciones jurídicas y económicas de la masificación.

Al ejercer la parte predisponente un control, en ocasiones total, sobre las condiciones que enmarcarán el desarrollo del contrato, se deja a la otra parte únicamente la posibilidad de aceptar o no las condiciones del contrato, en su conjunto. Es por ello que la parte predisponente se encuentra en la libertad —y la ejerce— de establecer condiciones que le sean favorables económica, administrativa

---

[2] Comparar con Menéndez Menéndez, Aurelio; Diez-Picazo, Luis y Águila-Real, Jesús Alfaro. El proceso de elaboración de la disciplina sobre condiciones generales en nuestro ordenamiento, en Comentarios a la ley sobre condiciones generales de la contratación. Civitas. Madrid, 2002, Págs. 76-78. Y Pagador López, Javier. Condiciones generales y cláusulas generales predispuestas: la Ley de Condiciones Generales de la Contratación. Editorial Marcial Pons. Madrid, 1999, Págs. 33-45.

y jurídicamente.[3] No es de esperar menos, ya que en todos los contratos, incluidos los paritarios, las partes buscan lograr el mayor beneficio posible, beneficio que normalmente conlleva un perjuicio del otro contratante, así como el otro contratante pretenderá obtener beneficios contractuales a costas del primero. Es la naturaleza mercantil e incluso humana.

Es de aclarar que hay quienes consideran que existe una distinción entre contratos adhesivos y contratos con condiciones generales. No obstante, teniendo en cuenta que en el presente ensayo nos referiremos a cláusulas que hayan sido predispuestas por una parte en el contrato —con lo que cumple tanto una cláusula de un contrato adhesivo como una cláusula contenida en un condicionado general—, se tendrán como sinónimos para efectos de este ensayo y de las cláusulas abusivas, en general.

[3] Las condiciones generales se enderezan a posibilitar la contratación masiva minimizando los costos de la operación; desde luego que los formularios rígidos e inmodificables simplifican de tal modo el proceso, que es viable ajustar, con la intervención de un reducido número de agentes y en poco tiempo, una gran cantidad de negocios; amén que le permiten al predisponerte planificar sus recursos y técnicas de producción y distribución, en cuanto puede prever los términos de la negociación, las responsabilidades que asume y los beneficios que obtendrá, a la vez que podrá organizar de modo eficiente su actividad.

C.S.J. Sentencia de 04 de noviembre de 2009. M.P.: Pedro Octavio Munar Cadena.

1. Límites a la libertad contractual

No obstante la posibilidad que ostenta una parte de disponer previamente las condiciones que regirán la relación contractual, existen unos límites a la libertad de dicho predisponente en materia contractual, y es ahí donde entra a jugar un rol muy importante el derecho; en todo el ordenamiento jurídico debe establecerse un marco dentro del cual el particular pueda desarrollar su liberalidad contractual.[1] Así, nos encontramos con la legalidad contractual, primer plano del marco que encuadra el ejercicio de la autonomía de la voluntad privada, en cuya virtud le es prohibido a las partes celebrar contratos cuyas características formales y/o materiales se encuentren en contravía de lo previsto de forma imperativa por la ley material.[2] Al respecto, cabe mencionar

---

[1] La mayor o menor amplitud en la consagración positiva del postulado de la autonomía de la voluntad privada o, lo que es lo mismo, en el señalamiento del campo de acción del acto o negocio jurídico que es su expresión normal, depende principalmente del grado de cultura y desarrollo de cada pueblo y de las concepciones filosófico-políticas en que se inspire cada legislador.

Ospina Fernández, Guillermo y Ospina Acosta, Eduardo. Teoría general del contrato y del negocio jurídico. Editorial Temis. Séptima ed. Bogotá, Colombia, 2009. Pág. 6.

[2] En el momento actual, la autonomía de la voluntad no puede concebirse con el influjo de las escuelas individualistas; tampoco pretendemos la negación absoluta de la autonomía, pues la realidad nos indica que aún se mantiene en cierto grado; somos más bien partidarios de darle al concepto un contenido acorde más acorde a la época actual. Empero, buscar un nuevo enfoque de la autonomía de la voluntad

que todo pacto en contra de la ley imperativa es considerado en el mundo jurídico como carente de la idoneidad para generar efectos, siendo entonces tachado de inexistente o ineficaz de pleno derecho.[3]

> supone necesariamente, adecuar toda la estructura sobre la cual se edifica la teoría de las obligaciones.

ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Contratos mercantiles. Legis Editores. Decimotercera Ed. Bogotá, 2012. Pág. 12.

[3] Por ejemplo, la Corte se ha referido a la cláusula que limita los medios probatorios en que el asegurado o beneficiario ha de acreditar la ocurrencia y cuantía del siniestro, dándole ineficacia de pleno derecho por encontrarse materialmente contraria a la ley:

> La Sala estima que no se equivocó el sentenciador en el juicio que hizo, pues de conformidad con los artículos 1077 y 1080 del Código de Comercio, aún antes de la modificación que a este último le introdujo el artículo 83 de la Ley 45 de 1990, el asegurado o beneficiario podía —y puede—, según el caso, acreditar la ocurrencia del siniestro y, por ende, demostrar la pervivencia de su derecho, en forma judicial o extrajudicial. Ninguna de tales disposiciones, acorde con los postulados tuitivos que inspiran la moderna legislación atinente a la relación aseguradora, establece —ni establecía— una restricción probatoria, la que no era —ni es— posible fijar , como quiera que por mandato del artículo 1162 de la codificación mercantil patria, reflejo de la inequívoca tendencia internacional de morigerar el radio de acción de la autonomía privada mediante el expediente de considerar imperativas a un apreciable número de preceptos que gobiernan la aludida relación negocial —por lo menos de cara a una determinada tipología de riesgos: de masa—, el contenido del referido artículo 1080 sólo puede modificarse en sentido favorable al tomador, asegurado o beneficiario, como ya se preveía antes de la reforma aludida, concretamente desde la expedición del Código de Comercio en el año 1971 (Decreto 410). (…) no erró el Tribunal al confirmar la sentencia de primer grado, que a su vez había condenado a la compañía de seguros a pagar intereses moratorios desde el 5 de julio de 1989 (la reclamación se presentó el 11 de abril anterior, fls. 152 y 153, cdno. 1), bajo la consideración de que no era necesaria una sentencia que declarara el incumplimiento, toda vez que este tipo de cláusulas restrictivas, como la aquí invocada por la censura (fl. 149, ib.) —calificadas como abusivas por la doctrina y la legislación comparadas—, eran nulas absolutamente por mandato del numeral 1º del artículo 899 del C. de Co., hoy ineficaces según el literal a) del numeral 2º del artículo 184 del Decreto 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero), en concordancia con el inciso 2º del numeral 4º del artículo 98 y el numeral 3º del artículo 100 de la misma

Pero no es sobre la legalidad como límite al ejercicio de la autonomía privada en el ámbito contractual de lo que trata el presente ensayo, sino de las estipulaciones contractuales que, si bien se encuentran dentro del marco legal, constituyen un abuso de la posición prevalente que ostenta la parte predisponente en la celebración de un contrato de adhesión: las cláusulas abusivas.[4]

> normatividad, en cuanto violan disposiciones que, como los artículos 1077 y 1080 del estatuto mercantil, son imperativas, la primera "por su naturaleza", y la segunda porque expresamente así lo establece el artículo 1162 aludido, por lo menos frente al tomador, al asegurado y al beneficiario, al prohibir que se haga más gravosa la situación de dichos sujetos, la que forzosamente se consolida o materializa en punto tocante con la precitada estipulación negocial, habida cuenta que los obliga —y de suyo limita— a acudir a un proceso judicial a probar un derecho que, puede ser acreditado extrajudicialmente.

C.S.J. Sentencia de 02 de febrero de 2001. M.P.: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

[4] Aún en jurisprudencia reciente, la Corte Suprema de Justicia, a pesar de evidenciar contravención a normas de orden público, continúa acudiendo de manera innecesaria al abuso de la posición dominante contractual para atacar un acto que, si bien puede considerarse abusivo, ya es ineficaz por contravenir el y, por tanto, ineficaz desde antes de requerirse el análisis de su abusividad:

> Como de antaño lo tiene averiguado la jurisprudencia, y recientemente tuvo oportunidad la Corte de refrendar su posición, cosa que ahora vuelve a hacer,
>
> (Cas. Civ. de 28 de abril de 2011, exp. 41001-3103-004-2005-00054-01)."
>
> Pero además, es lo cierto que una cláusula como ésta sobre la cual pretende la entidad bancaria sustentar la excepción que se analiza, al dejar en manos del ente financiero el inicio del conteo del corto término de 15 días que tiene el cuentahabiente para objetar un extracto, que además le llega después de que ese plazo ha comenzado, cláusula que pone en clara situación desventajosa al cuentahabiente, quien por lo general no la discute ni pacta por cuanto tal estipulación se encuentra prevista en un clausulado preestablecido por el banco, debe ser considerada como cláusula abusiva, y por este aspecto también ineficaz, pues al tenor de lo que sobre estas ha predicado la Corte:
>
> > son 'características arquetípicas de las cláusulas abusivas —primordialmente—: a) que su negociación no haya sido individual; b) que lesionen los requerimientos emergentes de la buena fe negocial —vale decir, que se quebrante este postulado

La importancia de realizar la distinción entre una cláusula ilegal y una cláusula abusiva radica en que la primera es considerada por el ordenamiento como un fenómeno de mayor gravedad, por encontrarse en contravía a lo dispuesto imperativamente por la ley para determinado negocio, por ser una cláusula que no atiende a los requerimientos establecidos para que pueda nacer a la vida jurídica y ser contraria al interés general, mientras que la segunda se refiere a un abuso contractual por parte de un contratante, encaminada a aprovechar una posición ventajosa que ostenta ante el otro contratante, rompiendo con los principios de buena fe y lealtad contractual y, por tanto, generando la exigencia de una protección al adherente o parte débilen el contrato por parte del ordenamiento jurídico.[5]

Por lo anterior, la consecuencia jurídica de una cláusula ilegal puede ser la inexistencia, confundida muchas veces con la ineficacia de pleno derecho contemplada en

---

rector desde una perspectiva objetiva: buena fe probidad o lealtad—, y c) que genere un desequilibrio significativo de cara a los derechos y las obligaciones que contraen las partes" (cas. civ. de 2 de febrero de 2001; exp: 5670)" (Cas. Civ. del 13 de diciembre de 2002, Exp. 6462).

[5] Emergen así los llamados "límites al ejercicio de la autonomía privada", linderos en este entorno justificados plenamente por requerimientos superiores que imponen que en aras de la debida tutela de los superiores intereses del colectivo social, celosamente custodiados por el derecho, los contenidos negociales no se levanten en su contra, con lo cual se evita el consecuente daño o lesión para los mismos, que en últimas significaría menoscabos en contra de todas las personas.
En consecuencia, los sujetos del acto o negocio jurídico en su gestión negocial están gravados con una carga sustancial consistente en atender puntualmente las normas imperativas del sistema legal (legalidad), respetar el orden público (conformidad con el orden público) y actuar conforme a las buenas costumbres (moralidad) (*boni mores*).
Ramírez Baquero, Édgar. La ineficacia en el negocio jurídico. Primera Ed. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá, Colombia, 2008. Pág. 45.

nuestro Código de Comercio, toda vez que, en virtud de ambos fenómenos, la cláusula no genera efectos jurídicos, por contrariar una norma imperativa;[6] o conlleva la nulidad absoluta, al tener el negocio una causa u objeto ilícitos,[7] De otra parte, la consecuencia jurídica de una cláusula abusiva ha de ser la inoperancia, dado que nace a la vida jurídica de una forma válida, pero sus efectos contrarían el deber ser contractual derivado de los principios generales del derecho.[8]

1.1. Planteamiento del problema

En efecto, la cuestión que se presentará en este escrito no es otra que la determinación del tipo de ineficacia o inoperancia que debe aplicarse a las cláusulas que sean abusivas, con particular mención a las cláusulas abusivas contenidas en un contrato de seguro.

Al referirnos al ser y el deber ser de las consecuencias jurídicas de las cláusulas abusivas y, particularmente, en relación con el contrato de seguro, es necesario determinar inicialmente qué es una cláusula abusiva. Para ello, es importante revisar qué ha establecido nuestra legislación al respecto, así como lo establecido por otras legislaciones.

---

[6] Comparar con el inciso segundo del artículo 898 del Código de Comercio.

[7] Comparar con los numerales 1 y 2 del artículo 899 del Código de Comercio.

[8] Los doctores Bigliazzi, Breccia, Busnelli y Natoli afirman que la calificación de validez de un hecho jurídico se da con posterioridad a la calificación de existencia. Así mismo, con posterioridad a la calificación de validez de un hecho, se analiza su operancia. Comparar con Bigliazzi Geri, Lina; Breccia, Umberto; Busnelli, Francesca D. y Natoli, Ugo. Derecho civil. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia, 1992. Págs. 994 a 998.

2. Legislaciones sobre cláusulas abusivas

Al revisar el Código Civil y el Código de Comercio colombianos, encontramos que su regulación se refiere a contratos paritarios, donde las partes en el contrato han discutido los términos y condiciones en que se pactará y desarrollará este, por lo que podríamos creer que sus normas no son directamente aplicables a las cláusulas abusivas. No obstante, los principios rectores de nuestro ordenamiento pueden permitir dar una solución jurídica al evento en que se tenga en discusión la existencia de una cláusula abusiva.

Sin embargo, existen en el ordenamiento colombiano normas especiales que contemplan las cláusulas abusivas, por lo que la normativa general contenida en el Código de Comercio y el Código Civil ha de ser aplicada de forma supletiva a lo contemplado por las normas especiales que a continuación mencionaremos.

2.1. Regímenes existentes en la legislación colombiana actual, relativos a las cláusulas abusivas

Lamentablemente, el legislador colombiano no ha establecido de forma uniforme la regulación del fenómeno jurídico del que trata este ensayo, dando distintas consideraciones y estipulaciones respecto de las cláusulas abusivas, de forma tal que ha creado distintos regímenes aplicables dependiendo

del sector económico de que se trate. Así, una misma cláusula puede ser abusiva en un contrato de consumo, pero no en un contrato de seguro;[1] o puede ser abusiva tanto en un contrato de servicios públicos domiciliarios como en un contrato de seguro, pero su consecuencia jurídica varía dependiendo de que se dé en el marco de uno u otro contrato,[2] como a continuación expondremos.

---

[1] El numeral 10 del artículo 43 de la Ley 1480 de 2011 considera que son cláusulas abusivas aquellas que "Incluyan el pago de intereses no autorizados legalmente, sin perjuicio de la eventual responsabilidad penal", consideración que carece de estipulación análoga en la normativa financiera.

[2] El numeral 1 del artículo 133 de la Ley 142 de 1994 (aplicable a contratos de servicios públicos domiciliarios) estipula que existe abuso de posición dominante en las cláusulas predispuestas por las empresas de servicios públicos cuando dichas cláusulas "excluyen o limitan la responsabilidad que corresponde a la empresa de acuerdo a las normas comunes; o las que trasladan al suscriptor o usuario la carga de la prueba que esas normas ponen en cabeza de la empresa". Por su parte, el literal b) del artículo 11 de la Ley 1328 de 2009 (aplicable al contrato de seguro) establece como prohibición especial por cláusulas abusivas la prohibición de aquellas cláusulas que "Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor", así como el artículo 10.1.1 del anexo de la Circular Externa 039 de 2011 de la Superintendencia Financiera de Colombia contempla que son cláusulas abusivas "Aquellas que exoneran, atenúan o limitan la responsabilidad de las entidades vigiladas sin permitir el ejercicio de los derechos del consumidor financiero", dando como ejemplo en su literal a) a las "Cláusulas que invierten la carga de la prueba y eximen de responsabilidad a las entidades vigiladas". De lo anterior, encontramos que ambas leyes contemplan el mismo supuesto. No obstante, en la Ley 142 de 1994 dichas cláusulas se consideran anulables (penúltimo inciso del artículo 133), mientras que las mismas cláusulas son ineficaces de pleno derecho en la Ley 1328 de 2009, reglamentada por la Circular Externa 039 de 2011 (parágrafo del artículo 11 de la Ley 1328 de 2009).

2.1.1. Cláusulas abusivas en el nuevo estatuto de protección al consumidor

Existe una reciente regulación en el tema general de protección al consumidor, en la que se dedica un título a la protección contractual de los consumidores.[3] Dentro de dicho título se encuentra regulado, entre otros, el tema de las cláusulas abusivas.

En primer lugar, es importante tener en cuenta que en la definición de cláusulas abusivas dada en esta ley se entiende que estas se dan en relaciones de consumo. Para saber cuándo se está en presencia de una relación de consumo es necesario conocer quién se entiende como consumidor en dicha ley. El artículo quinto de la Ley 1480 de 2011 establece en su numeral tercero que se entiende como consumidor o usuario: "Toda persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica. Se entenderá incluido en el concepto de consumidor el de usuario".[4]

---

[3] Título VII de la Ley 1480 de 2011.

[4] Estamos de acuerdo con la doctora María Fabiana Compiani, al afirmar que "las empresas aseguradas que contratan seguros (incendio, robo, etc.) sobre bienes de su pertenencia integrados a procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros, no son consumidores finales", aunque considera que "En cambio, es consumidor la persona jurídica (por ejemplo, una empresa) que celebra contratos de seguro (a) que amparen bienes como destinatario final, en beneficio de la empresa o (b) que protejan los riesgos a los que se hallan expuestos bienes con los que agotará el proceso económico". Ver COMPIANI, María Fabiana. "La armonización de las legislaciones de consumidor

A su vez, el artículo 42 de dicha ley contempla por primera vez en nuestra legislación una definición de cláusulas abusivas, entendiéndolas como "(…) aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos". Igualmente, establece dicho artículo que todas las condiciones particulares de la transacción que se analiza serán relevantes para analizar la naturaleza y magnitud del desequilibrio que produzca la cláusula a tachar de abusiva.

En la definición brindada por la Ley 1480 de 2011 hay varios elementos que han de ser tenidos en cuenta para poder determinar su aplicación. En primer lugar, es importante analizar qué se entiende como desequilibrio contractual, dado que es este el que la ley procura evitar al darse de una forma injustificada, pretende proteger el equilibrio contractual.[5]

El desequilibrio contractual puede ser definido como lo opuesto al equilibrio, entendido este como un peso que es igual a otro y lo contrarresta, armonía entre cosas diversas o

---

y seguros". En Revista Iberoamericana de Seguros No. 33. Vol. 19. Pontificia Universidad Javeriana, CILA, IDES. Bogotá, Colombia. Pág. 105.

[5] Con todo, los contratos de adhesión, a pesar de su validez, pueden dar lugar a situaciones de abuso y explotación dado que su contenido es redactado de manera unilateral por una de las partes. Frente a esta situación, se ha visto como algo necesario que el Estado intervenga e imponga límites al ejercicio de la libertad contractual mediante mecanismos que permitan, por un lado, restablecer el equilibrio de las partes contratantes y, por el otro, proteger a la parte débil del contrato.

RODRÍGUEZ YOUNG, Camilo Andrés. Una aproximación a las cláusulas abusivas. Legis Editores y Editorial Universidad del Rosario. Primera ed. Bogotá, Colombia, 2013. Págs. 25 y 26.

ecuanimidad, mesura, sensatez en los actos y juicios.[6] En el ámbito contractual, podríamos entender un contrato equilibrado como aquel en el que exista armonía, ecuanimidad o sensatez en las prestaciones debidas entre las partes; es decir, que las obligaciones que nazcan en cabeza de un contratante sean proporcionales a las debidas por la otra parte en el contrato. Por tanto, los contratos en los que una parte asuma obligaciones y cargas superiores a las de la persona con quien contrata serían desequilibrados.

Pero no basta con que el contrato sea desequilibrado, sino que dicho desequilibrio debe ser injustificado y perjudicial para el consumidor. En este punto nos formulamos la siguiente pregunta: ¿qué desequilibrio es realmente justificado? Entendemos que una cosa justifica a otra cuando la hace justa o la rectifica,[7] pero si la segunda es justa y rectificada por la primera, ¿dónde radica la carencia de ecuanimidad o armonía? Entenderíamos que el desequilibrio parte del supuesto de ser injustificado para poder romper con la ecuanimidad, por lo que todo desequilibrio sería injustificado, dado que de justificarse equilibraría las condiciones contractuales.

En otros términos, si un contrato resulta más oneroso de lo que normalmente sería para el consumidor pero dicho aumento se debe a un cambio en las condiciones determinantes de su precio, sería entonces un precio justo en

---

[6] Comparar con Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española. Vigésima segunda ed. Madrid, España, 2001.

[7] Comparar con Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española. Vigésima segunda ed. Madrid, España, 2001.

virtud de las condiciones que lo determinan, justificación que equilibra la relación contractual.

La parte final del primer inciso del artículo 42 de la Ley 1480, por su parte, es la que realmente genera confusión al referirse a factores que son relevantes para determinar la naturaleza y magnitud del desequilibrio que se analiza.[8] Entendemos que al pronunciarse sobre la naturaleza del desequilibrio se refiere la norma a que sea injustificado, respecto a lo cual ya planteamos nuestra opinión; sin embargo, lo confuso en esta parte del inciso radica en la pertinencia de la magnitud del desequilibrio.

Al respecto, encontramos que una cláusula abusiva (entendida bajo la definición dada en la primera parte del mismo inciso) es aquella que genera un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor. No se refiere esta definición a un perjuicio de magnitud considerable, o de cuantía superior a un determinado porcentaje del valor real de la contraprestación. A este respecto, no es clara la necesidad de determinar la magnitud del desequilibrio, por cuanto es abusiva siempre que exista desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor. ¿Pretende acaso el legislador someter las cláusulas abusivas a un sistema subjetivo similar al de la responsabilidad, derivando consecuencias jurídicas distintas a una cláusula, según el grado de abuso en que se incurra: grave, leve o levísimo? Creemos que no es necesario, dado que independientemente de la magnitud del desequilibrio y, por ende, de la gravedad del abuso de la cláusula, la consecuencia jurídica establecida

[8] Para establecer la naturaleza y magnitud del desequilibrio, serán relevantes todas las condiciones particulares de la transacción particular que se analiza.

para estas cláusulas es objetiva y siempre igual: ineficacia de pleno derecho.[9]

2.1.2. Cláusulas abusivas en el sector financiero

Para el contrato de seguro existe regulación especial en nuestro ordenamiento jurídico. A este respecto, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero fue reformado por la Ley 1328 de 2009, donde se contempla el concepto de cláusulas abusivas y se establece una regulación especial para ellas.

Encontramos en esta Ley que se parte de la base de estar en presencia de un contrato de adhesión. No obstante, no se estipula explícitamente cuál es la parte fuerte o dominante del contrato, sin que ello implique que no sea fácilmente determinable, incluso deducible.

En el parágrafo del artículo 11 de la Ley 1328 de 2009,[10] artículo referente a las cláusulas abusivas, se evidencia que la protección que se pretende al tratarse el tema de las cláusulas abusivas es en favor del consumidor financiero, por lo que es frente a él que se presenta el abuso. Por tanto, como es de esperarse, la parte que ejercería el abuso al estipular las cláusulas que menciona dicho artículo es la entidad financiera con quien el consumidor financiero celebre el respectivo contrato. No obstante, encontramos que esta protección no se estableció frente a todo consumidor.

---

[9] Inciso 2° del artículo 43 de la Ley 1480 de 2011.

[10] Artículo 11 de la Ley 1328 de 2009. Parágrafo. "Cualquier estipulación o utilización de cláusulas abusivas en un contrato se entenderá por no escrita o sin efectos para el consumidor".

Es importante precisar, en primer lugar, que las cláusulas abusivas tienen ocasión en un contrato de adhesión,[11] razón por la cual se descarta del ámbito de aplicación de este concepto las relaciones jurídicas que se entablen entre una compañía de seguros, y demás entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, con un usuario o cliente potencial. Lo anterior, partiendo de la inexistencia de un contrato celebrado entre ellos, siendo esto un presupuesto sin el cual no puede existir una cláusula que pueda tildarse de abusiva.

Además del usuario y del cliente potencial, podemos determinar que la regulación de cláusulas abusivas no es aplicable a la relación con todo cliente. En efecto, la ley define al cliente como la persona con quien las entidades vigiladas establecen relaciones jurídicas, cuyo origen puede ser legal o contractual.

Como es de suponerse, las relaciones jurídicas entre una entidad vigilada y un cliente cuyo origen se encuentre en la ley carecen del requisito contemplado para que pueda hablarse de cláusulas abusivas: relación contractual en virtud de un contrato de carácter adhesivo.

Así mismo, podemos afirmar que no se refiere la Ley 1328, en tratándose de cláusulas abusivas, a todo cliente con relación contractual. Es de precisar que, en su artículo 11, esta ley prohíbe las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión donde la entidad financiera cumpla el papel de predisponente. Por supuesto, la ley parte de la existencia de un contrato de adhesión para que en él pueda haber

[11] Comparar con artículo 11 de la Ley 1328 de 2009.

una cláusula abusiva, por lo que no puede haber cláusulas abusivas en contratos paritarios.

De igual modo, se excluye de la prohibición de cláusulas abusivas los contratos adhesivos en los que las entidades financieras sean las adherentes. Es claro que, al ser la entidad vigilada quien acepta adherirse a las condiciones preestablecidas por otra persona (entidades estatales, por ejemplo), no es factible sostener que la entidad financiera establezca cláusulas abusivas, por cuanto no es quien establece las cláusulas en dicho contrato.

2.1.3. Cláusulas abusivas en contratos de servicios públicos domiciliarios

La Ley 142 de 1994 regula la prestación de servicios públicos domiciliarios, partiendo de la definición del contrato de servicios públicos domiciliarios como un contrato de adhesión,[12] donde se determina que existe una parte fuerte y una parte débil en el contrato, siendo la primera el predisponente (empresa de servicios públicos) y la segunda el adherente (cliente). A partir de dicha definición, presume la ley que el predisponente ostenta una posición de dominio respecto de su contratante.

La presunción de posición dominante contractual de la parte que predispone los términos contractuales permite a la ley prohibir determinadas cláusulas que puedan

[12] Ley 143 de 1994, artículos 128 y 129.

constituir un abuso de dicha posición, al considerarlas cláusulas anulables.[13]

Efectivamente, la nulidad que contempla esta ley para las cláusulas abusivas se basa en la existencia de una presunción de abuso ejercido por la parte dominante, presunción que se puede desvirtuar a partir de un análisis del equilibrio del contrato o de la existencia de una autorización expresa a la implementación de la cláusula en cuestión por parte de la Comisión.[14]

Esta ley es de carácter especial y su regulación tiene una destinación específica: los contratos de servicios públicos domiciliarios. Por tanto, no es una ley aplicable a los demás tipos de contratos, entre ellos el contrato de seguro.

2.2. Consecuencias de la existencia de distintos regímenes para las cláusulas abusivas en Colombia

Como podemos ver, no es uniforme la forma en que el legislador ha determinado sancionar las cláusulas abusivas en nuestro país. Lo que es realmente preocupante es que ello, en últimas, desnaturaliza el concepto de cláusulas abusivas y, peor aún, lo sectoriza.

Al tener distintos regímenes jurídicos para las cláusulas abusivas, las que se tengan como cláusulas abusivas en una

---

[13] El artículo 133 de la Ley 143 de 1994 contempla una lista ilustrativa de las cláusulas que representan un abuso de la posición dominante por parte de la entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios, partiendo de la presunción de dicha posición de dominio, así como las formas de controvertir dicha presunción. De igual forma, este artículo contempla que dichas cláusulas son susceptibles de ser anuladas sin que ello implique la pérdida de validez de las demás cláusulas que conformen el respectivo contrato.

[14] Comparar con el artículo 133 de la Ley 142 de 1994.

ley especial se tornarán cláusulas prohibidas, ilegales. Precisamente, al desnaturalizarse el concepto de cláusulas abusivas en nuestra legislación, terminamos teniendo las llamadas 'listas negras' existentes actualmente en nuestra legislación, que proscriben determinadas cláusulas por el simple arbitrio del legislador, especialmente las que se castigan con la ineficacia de pleno derecho que, en ocasiones, son cláusulas ilegales, incluso inconstitucionales, tildadas de abusivas.[15]

Es por lo anterior que el concepto de cláusula abusiva en nuestro ordenamiento es totalmente confuso e, incluso, inexistente por estar tan desdibujada en nuestra legislación dicha figura. De esta forma, las autoridades administrativas y judiciales a cuyos despachos llegue la solicitud de analizar un asunto relacionado con una posible cláusula abusiva se tendrán que limitar al tenor literal de la ley que rija dicho negocio, sin poder entrar a analizar la existencia de un real abuso del derecho en la cláusula cuestionada, ya que la diversidad normativa en este campo lo impide.

[15] De forma ilustrativa, el quinto ejemplo de cláusula abusiva del literal a) del artículo 10.1 del anexo a la C. E. 039 de 2011 de la S. F. C., establece que son abusivas "Las que establecen que los consumidores financieros no tendrán la posibilidad de controvertir las pruebas que aporte la entidad vigilada en su contra, en caso de existir objeción a transacciones, limitando el ejercicio de su derecho de defensa". Esta cláusula, a nuestro criterio, es claramente inconstitucional, por violar el derecho al debido proceso, no una cláusula simplemente abusiva. Así mismo, otro ejemplo es la limitación de los medios probatorios como cláusula abusiva según la C. E. 039 de 2011 de la S. F. C., que en el caso del contrato de seguro es una cláusula ilegal de acuerdo con el numeral tercero del artículo 100 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

2.3. Cláusulas abusivas en legislaciones extranjeras

2.3.1. Cláusulas abusivas en la Unión Europea

El Consejo de la Unión Europea expidió la Directiva 93/13/CEE, en la cual se establece una regulación de las cláusulas abusivas. No obstante, es importante señalar que dicha directiva no aplica directamente en los ordenamientos jurídicos de los estados miembros de la Unión Europea, sino que cada uno de estos debe incluir los preceptos contenidos en dicha norma a través de la legislación interna. Esta directiva estipula que, al legislarse su contenido en las legislaciones internas, debe tenerse esta directiva como una norma de mínimos, en el sentido de que las legislaciones internas pueden adicionar lo estipulado en ella toda vez que beneficie a los consumidores.

Ahora bien, el artículo 3 de la Directiva 12/93/CEE contempla en su numeral primero que una cláusula abusiva es aquella que no haya sido negociada individualmente, sino predispuesta, que sea contraria a la buena fe y que genere un desequilibrio significativo. No obstante, la prohibición no es absoluta, teniendo en cuenta que el profesional puede probar que la cláusula fue negociada, así sea una cláusula tipo.

Es importante tener en cuenta que las legislaciones internas de los países miembros, respecto de las cláusulas abusivas, encuentran su base en esta directiva, por lo que los fines que persiguen dichas leyes corresponderán a los fines perseguidos en esta norma. Por tanto, es importante mencionar qué es lo que se protege a través de la regulación de cláusulas abusivas.

Al respecto, encontramos que la mala fe, el desequilibrio importante contractual y la predisposición de la cláusula no son lo que se busca prohibir per se, sino que son herramientas de identificación de un abuso. Ahora bien, teniendo en cuenta que se permite al empresario o profesional probar que la cláusula fue negociada —como medio de defensa del profesional frente a una controversia por cláusulas abusivas—, es factible entender que el consentimiento del consumidor es lo que se protege. En otras palabras, pueda que la cláusula en la que haya mala fe de parte del profesional, en la que se genere un desequilibrio y perjudique al consumidor no sea abusiva, siempre y cuando la voluntad del consumidor se haya visto inmersa en su celebración y negociación.

Al ser negociada la cláusula, esta es el reflejo de la unión de voluntades de las partes y, en desarrollo del principio de la autonomía de la voluntad, tiene un carácter vinculante para las partes. Lo que se castiga en dicha directiva no es otra cosa que la mala fe del profesional o empresario al predisponer cláusulas y condiciones contractuales sin permitir al usuario decidir sobre su contenido o su inclusión en el contrato.

Es de agregar que la directiva mencionada, como ninguna otra norma encontrada durante la investigación de este proyecto, castiga cláusulas predispuestas que beneficien al consumidor, dado que a pesar de no haber podido este decidir sobre su inclusión o contenido, lo benefician y son, precisamente, sus intereses los que se protegen.

Posteriormente, el numeral 3 del artículo tercero de la Directiva nos remite a una lista de cláusulas que pueden ser

abusivas (tal lista se encuentra contenida en el anexo de dicha directiva). Es de resaltar, a riesgo de sonar redundante, que la lista se refiere a cláusulas que pueden ser abusivas; de lo que inferimos que la directiva contempla la posibilidad de que las cláusulas ahí señaladas puedan pactarse sin que a través de ellas se constituya un abuso de parte del predisponente, relativizando así la existencia de un abuso en la cláusula, en atención a las distintas circunstancias que se puedan presentar en un caso particular.

2.3.2. Cláusulas abusivas en España

El Real Decreto Legislativo 1/2007 contiene el llamado "Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y Otras Leyes Complementarias", donde se encuentra contenida la regulación vigente respecto de las cláusulas abusivas.

Podemos encontrar en el artículo 82 de dicho documento el concepto de cláusulas abusivas, donde se definen en el numeral 1 de la siguiente forma: "Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato". Encontramos en dicha definición que, además de lo dispuesto en la Directiva 13/93/CEE, se contempla como cláusula abusiva toda práctica no consentida expresamente que cause un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones

de las partes, siempre que sea contraria a la buena fe y en perjuicio del consumidor y usuario.

Advierte el numeral segundo de dicho artículo que la cláusula en cuestión es la que debe ser predispuesta, independientemente de que las demás cláusulas del contrato tengan o no el mismo carácter o hayan sido negociadas, lo que encontramos acorde con la finalidad mencionada de la Directiva 13/93/CEE: el consentimiento.

De gran peculiaridad consideramos lo contenido en el numeral tercero del artículo 82, donde se estipula que, para determinar el abuso de la cláusula, se tendrá en cuenta "(…) la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa", teniendo en cuenta que el numeral siguiente menciona una lista de tipos de cláusulas que "en todo caso son abusivas",[16] que será desarrollada en los artículos 85 a 90, de forma similar a lo mencionado respecto de la Ley 1480 de 2011, colombiana.

De su parte, el artículo 83 de la norma española contempla que la consecuencia jurídica de las cláusulas abusivas será la nulidad absoluta, permitiendo al juez moderar los derechos y obligaciones de las partes en el contrato cuando este subsista a la nulidad de las cláusulas abusivas, de lo que se desprende que considera esta ley que una

---

[16] Artículo 82, numeral 4 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y Otras Leyes Complementarias, Real Decreto Legislativo 1/2007.

cláusula en la que se contenga un elemento esencial del contrato pueda ser abusiva.

2.3.3. Cláusulas abusivas en Francia

Con anterioridad a la Directiva 13/93/CEE, en Francia ya existía regulación respecto de las cláusulas abusivas desde 1978, en la Ley 78-23, donde se contemplaban las cláusulas abusivas como aquellas en las que se creaba una ventaja excesiva en virtud del abuso de poder económico. Posteriormente, en 1995 se adoptó la Directiva 13/93/CEE, a través de la Ley 95-96, donde se tiene una cláusula abusiva como aquella que tenga por objeto o como efecto el desequilibrio significativo en los derechos y las obligaciones, en contra del consumidor.

Encontramos que en Francia, a diferencia de lo contemplado en la Directiva del Consejo de la Unión Europea, no se busca proteger la ausencia de consentimiento del consumidor respecto de la cláusula, sino el desequilibrio contractual. Es importante señalar que, con la adopción de la mencionada directiva, en Francia se castigan las cláusulas que tengan como objeto o por efecto generar el desequilibrio, por lo que es un sistema subjetivo donde la simple intensión de causar el desequilibrio a través de una cláusula es suficiente para que dicha cláusula sea considerada abusiva y, por ende, rechazada por el ordenamiento. No obstante, en dicha legislación no se hace remisión expresa a la buena fe, en cuanto a respecta a las cláusulas abusivas.

2.3.4. Cláusulas abusivas en Alemania

En Alemania el control de las cláusulas abusivas se encuentra en cabeza de los Tribunales de Distrito, quienes tienen como parámetro principal la buena fe, en atención a lo estipulado en el ABG Gesetz de 1976, norma que desarrolla los contratos de adhesión. Podemos encontrar que en esta norma se busca proteger la falta de consentimiento del usuario al establecer que las condiciones contractuales que se pacten individualmente tendrán prioridad sobre los términos generales prestablecidos.[17] El ABG Gesetz establece una lista de cláusulas que pueden ser ineficaces de sus numerales §11 a §13, donde encontramos de suma importancia que se da un término de dos años para ejercer la acción ante el Tribunal.[18] Posteriormente, esta norma establece el proceso jurisdiccional que se debe adelantar para las acciones en contra de las condiciones prestablecidas en un contrato, siempre que no se trate de contratos de empleo, herencia, familia y derechos societarios.[19]

2.3.5. Cláusulas abusivas en Italia

La Directiva 13/93/CEE fue adaptada en Italia mediante la inclusión del artículo 1469 bis en el Código Civil. Encontramos en dicho artículo que se estipula la posibilidad al consumidor de invocar una acción de cesación en contra del vendedor o grupo de profesionales que utilice condiciones

---

[17] Comparar con ABG Gesetz de 1976, §4.

[18] Comparar con ABG Gesetz de 1976, §13 numeral 3. (4).

[19] Comparar con ABG Gesetz de 1976, §23.

generales en el contrato, para solicitar al tribunal competente que prohíba el uso de las condiciones que resulten desleales. Es de gran importancia resaltar que dicha acción se tiene como medida cautelar.

Al referirse a la deslealtad, consideramos que el artículo 1469 del Código Civil italiano hace una clara remisión a la buena fe, a las sanas costumbres y a la lealtad contractual. Por tanto, siendo la deslealtad lo que se castiga, se da un amplio margen de aplicación a la autonomía de la voluntad, entendiendo que no se proscribe una lista de cláusulas prohibidas por su contenido, sino que se prohíbe la inclusión desleal de dichas cláusulas: las que sean incluidas de forma engañosa, desinformada o confusa de parte del predisponente.

2.3.6. Cláusulas abusivas en Inglaterra

The Unfair Terms in Consumer Contracts Regulation de 1994, No. 3159, es la adaptación de la Directiva 13/93/CEE del Consejo de la Unión Europea, en la cual se contempla una regulación para las cláusulas abusivas. Podemos encontrar en dicha norma que el ámbito de aplicación de la misma se circunscribe a lo estipulado en el artículo 3 de la misma. Es decir, se refiere a cláusulas que sean contenidas en un contrato que establezca una relación entre un profesional y un no profesional,[20] lo que no pareciera referirse de manera exclusiva al carácter de consumidor del no profesional. Dicha norma se aplica a cláusulas que no contengan términos que definan el objeto o equilibrio entre el precio o el bien o

[20] Ver The Unfair Terms in Consumer Contracts Regulatios de 1994, artículo 3 numeral (1).

servicio adquirido,[21] por lo que solo puede ser abusiva una cláusula accidental o no principal del contrato. Igualmente, hace referencia a la cláusula que no haya sido negociada o donde no hubiera interferido influencia del consumidor.[22]

De igual forma, esta norma le da al profesional, como herramienta de defensa, la posibilidad de probar que hubo una negociación. Esto nos muestra que la protección se refiere a las cláusulas impuestas por este o en las que no haya un verdadero consentimiento del consumidor o del no profesional.[23]

Ahora bien, el artículo cuarto de dicha regulación contempla que la cláusula debe ser contraria a la buena fe, que se debe valorar a partir de la capacidad de negociación de las partes y si hubo una inducción al consumidor para contratar.[24] De igual forma, el numeral segundo del mismo artículo contempla que es relevante el contexto del contrato, a la hora de efectuar el análisis del mismo. Es de tener en cuenta que el Schedule 3 de dicha regulación contiene una lista indicativa de las cláusulas que pueden, eventualmente, ser abusivas,[25] aspecto que desarrolla lo contenido en

---

[21] Ver The Unfair Terms in Consumer Contracts Regulatios de 1994, artículo 3 numeral (2).

[22] Ver The Unfair Terms in Consumer Contracts Regulatios de 1994, artículo 3 numeral (3).

[23] Comparar con The Unfair Terms in Consumer Contracts Regulatios de 1994, artículo 3 numeral (4).

[24] Ver The Unfair Terms in Consumer Contracts Regulatios de 1994 artículo 4 y Schedule 2.

[25] Comparar con The Unfair Terms in Consumer Contracts Regulatios de 1994, artículo 4 numeral (4) y Schedule 3.

los anteriores numerales del mismo artículo al atender a la existencia de un abuso real en el presente caso.

2.3.7. Cláusulas abusivas en Argentina

La Ley 24.240 de 1993, denominada Ley de Defensa del Consumidor, regula el tema de las cláusulas abusivas en el artículo 37 dando una lista de cláusulas que se tienen por abusivas, advirtiendo que se tendrán por no escritas. A su vez, el artículo inmediatamente siguiente se refiere a los contratos de adhesión, dando a la autoridad de aplicación el deber de vigilar que los contratos de adhesión contengan las cláusulas señaladas en el artículo 37, así como el que no se incluyan de forma unilateral de parte del proveedor de la cosa o servicio, sin posibilidad de negociación de la otra parte. Igualmente, el artículo 39 de la Ley 24.240 de 1993 contempla que cuando los contratos de adhesión requieran aprobación de la autoridad nacional o provincial esta deberá tomar las medidas necesarias para modificar el contrato tipo, otorgando un control previo de dichos contratos.

2.3.8. Cláusulas abusivas en Perú

El Código Civil peruano se refiere a las estipulaciones inválidas, entendiéndolas como aquellas que se encuentran en un contrato de adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente en las que se "(…) establezcan, en favor de quien las ha redactado, exoneraciones o limitaciones de responsabilidad; facultades de suspender la ejecución del contrato, de rescindirlo o de resolverlo, y de

prohibir a la otra parte el derecho de oponer excepciones o de prorrogar o renovar tácitamente el contrato".[26]

2.3.9. Cláusulas abusivas en Costa Rica

La Ley 7472 de 1994 regula la protección del consumidor, junto con temas relativos al derecho de la competencia, estipulando que la protección sobre prácticas y cláusulas abusivas y publicidad engañosa de parte de los entes administrativos y judiciales es un derecho de los consumidores;[27] con base en lo cual se condicionan las cláusulas predispuestas al conocimiento efectivo de ellas o el deber de conocerlas de parte del adherente.[28] En virtud del artículo 39 de la ley en mención, se evidencia el deber de diligencia de parte del adherente, por cuanto la cláusula en cuestión puede ser válida cuando este la haya debido conocer, así no lo haya hecho realmente. Por tanto, la protección al adherente, respecto de cláusulas sobre las cuales no exista consentimiento, se encuentra sujeta a la existencia de diligencia de su parte, lo que exige responsabilidad de la persona en el momento de adherir al contrato.

No obstante, a renglón seguido, el mismo artículo contempla una lista objetiva de cláusulas que son nulas absolutamente, siempre que se encuentren en cláusulas o condiciones generales.[29]

---

[26] Ver Código Civil peruano, artículo 1398.

[27] Comparar con el literal e) del artículo 29 de la Ley 7472 de 1994, Costa Rica.

[28] Comparar con el inciso primero del artículo 39 de la Ley 7472 de 1994, Costa Rica.

[29] Comparar con artículo 39 de la Ley 7472 de 1994, Costa Rica.

2.3.10. Cláusulas abusivas en Chile

En la legislación chilena, la Ley 19.496 de 1997 establece normas sobre la protección de los derechos de los consumidores, donde se contiene en el artículo 16 una lista de cláusulas que no producirán efecto alguno cuando se encuentren en contratos de adhesión. Es decir, se castigan con ineficacia de pleno derecho. No obstante, además de la lista de las cláusulas ineficaces, no existe mayor desarrollo respecto del tema.

2.3.11. Cláusulas abusivas en Ecuador

La Ley Orgánica de Defensa del Consumidor establece en su artículo 43 que son nulas de pleno derecho las cláusulas que, en contratos de adhesión, contemplen en su contenido lo que señala el mismo artículo a manera de lista de las cláusulas taxativamente prohibidas.

3. Nuestro concepto de cláusula abusiva

Es claro que no existe un concepto uniforme de lo que es una cláusula abusiva, particularmente en Colombia, donde existen distintas normativas que generan una sectorización y variedad de regímenes respecto de las cláusulas abusivas, situación a la que nos oponemos en el presente ensayo por carecer de técnica jurídica.

Consideramos que para que exista una cláusula abusiva esta tiene que serlo con independencia del tipo contrato en el que se encuentre, de quiénes sean sus partes y del sector económico en el que dicho contrato se celebre. Siempre que una cláusula cumpla los requisitos y elementos para ser considerada abusiva ha de ser tachada como tal y ha de tener los efectos que jurídicamente le correspondan, indistintamente de que sea en un contrato de seguro, servicios públicos domiciliarios o de prestación de servicios.

Es, entonces, pertinente cuestionarnos ¿qué hace que una cláusula sea abusiva? ¿Cuáles requisitos son los que han de considerarse indispensables para que pueda ser catalogada o tachada como tal? Se trata de cuestiones que, de no resolverse, no nos permitirían determinar cuál ha de ser la sanción jurídica con que se proscriban dichas estipulaciones contractuales y por qué deben recibir dicho tratamiento. Como hemos mencionado anteriormente, una cláusula abusiva es, a riesgo de sonar redundante, aquella que constituye

un abuso.[1] Sabemos de antemano que, después de efectuar el test de legalidad de la cláusula, nos referimos a un abuso que no es contrario a la ley en sus requisitos de formación o de su contenido. La pregunta realmente importante, en primer plano, es la relativa al objeto del abuso: ¿de qué se está abusando a través de una determinada cláusula?

Frente a este cuestionamiento encontramos que estamos en presencia de un abuso de posición dominante, una modalidad contractual del abuso de la posición dominante que ostenta una de las partes en el contrato en perjuicio de la otra. Esta afirmación, aunque pueda sonar elemental, no es ni ha sido clara en nuestro ordenamiento, como ya lo hemos señalado, y el desconocimiento de esta fundamental premisa ha generado toda suerte de consideraciones y confusiones a la hora de incorporar el concepto de cláusulas abusivas en nuestra legislación.

Efectivamente, a través de una cláusula abusiva, se abusa de una posición de dominio contractual que es dada a una parte del contrato por situaciones de hecho que le permiten determinar los elementos del contrato.[2] En otras palabras,

---

[1] Rodríguez Young, Camilo Andrés. Una aproximación a las cláusulas abusivas. Legis Editores y Editorial Universidad del Rosario. Primera Ed. Bogotá, Colombia, 2013. Págs. 33 y 34.

[2] "Cuando se habla del concepto de posición dominante, debe distinguirse la que se presenta en el mercado de la que tiene ocurrencia en el contrato. La primera tiene lugar cuando un agente económico se encuentra facultado para establecer las condiciones del mercado sin tener en consideración a los demás partícipes de este" (Velandia, Mauricio. Derecho de la competencia y del consumo. Segunda Ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2011. Pág. 166), mientras que la posición dominante, desde la perspectiva de la relación contractual, es "aquella condición jurídico-económica que, dadas las especiales características del caso, sitúa a uno de los contratantes en condiciones de superioridad en la relación ju-

la facultad que tiene una parte para predisponer las condiciones del contrato que se va a celebrar emana normalmente de la condición de profesional con que este cuenta respecto de un determinado tipo de contratos, de que venda un producto u ofrezca un servicio de forma masiva y/o de que ejerza un monopolio, entre muchos otros aspectos.[3]

Es claro que al ostentar una empresa una característica como las anteriormente mencionadas, se encuentra en una posición prevalente ante sus contratantes que, en calidad de consumidores o no profesionales, no tienen pleno conocimiento de los pormenores del producto o servicio que adquieren en virtud de determinado contrato —y no tienen por qué saberlo—, por no ser profesionales ni comerciantes cuyos negocios se desarrollan en ese determinado mercado, tipo contractual, o sector económico.

---

rídica, tanto en su celebración como en su ejecución". Cámara de Comercio de Bogotá (2007, 23 de febrero). Laudo Arbitral: Punto Celular vs. Comunicación Celular S. A. - Comcel S. A. En sentido similar vale señalar que "la posición dominante o fuerte dice relación con el poder de negociación a la hora de acordar los términos y condiciones del contrato y no con la vulnerabilidad por los efectos de un eventual incumplimiento". Cámara de Comercio de Bogotá (2002, 15 de febrero). Laudo Arbitral: Adriana María Calderón Palacio vs. Cafesalud Medicina Prepagada S. A.

[3] El fenómeno de las condiciones generales se ha extendido de tal forma que difícilmente los consumidores pueden acceder a los bienes y servicios sin someterse a los reglamentos contractuales que las empresas predisponen en forma de cláusulas generales contenidas en módulos, formularios o avisos. Esto significa que el contenido de los contratos de masa de hecho se impone a los consumidores, quienes dieren a un reglamento que no están en capacidad de negociar y del que, a menudo, ignoran su contenido.

Ver Bianca, Massimo, Derecho civil. "El contrato". Universidad Externado de Colombia. Traducción por Fernando Hinestrosa y Édgar Cortés. Bogotá, Colombia, 2007. Pág. 364.

Es menester recordar que la existencia de una posición dominante, sea contractual o en la participación en un mercado, es permitida por nuestro ordenamiento desde la misma Constitución Política; es el abuso de dicha posición lo que se encuentra prohibido en el texto fundamental,[4] lo cual se constituye en la base jurídica sobre la cual ha de efectuarse la prohibición a las cláusulas abusivas como manifestación del abuso a la posición dominante.

La posición dominante en un contrato requiere ser diferenciada de la posición dominante en un mercado, por cuanto el rol pasivo de ese dominio recae sobre distintos sujetos y, por tanto, se trata de fenómenos jurídicos significativamente distintos entre sí, aunque similares en varias de sus principales características.

La posición dominante en un mercado no es más que la facultad que tiene un competidor de determinar los factores de ese mercado por sí mismo, sin que la participación de otras personas dentro del mismo (en calidad de competidores) influya en la forma en que la persona con posición dominante tome las decisiones que determinen dichos factores; teniendo sus competidores que ceñirse a las condiciones del mercado que sean definidas por quien ostenta la posición dominante.

A nivel contractual, la posición dominante puede entenderse como aquella calidad que permite a la parte que la ostenta determinar las condiciones del contrato sin tener en consideración la voluntad de la otra parte con quien contra-

---

[4] Inciso 3° del art. 333 de la Constitución Política de Colombia.

ta, sometiendo a esta a aceptar la celebración del contrato bajo las condiciones establecidas por la parte dominante.[5]

Una diferencia entre ambos conceptos, sumamente importante para el presente trabajo, radica en que la posición dominante en el mercado requiere de una dispendiosa tarea para que su existencia sea determinada,[6] mientras que en la posición dominante contractual es factible partir incluso de una presunción, como hemos visto que ocurre en el régimen de cláusulas abusivas en el sector de los servicios públicos domiciliarios. Dicha presunción, en nuestra opinión, ha de partir del hecho de que la entidad de la que se predique preestablezca las condiciones contractuales, y de que se esté en presencia de un contrato de adhesión.

No obstante, debemos recordar que la presunción, al tener carácter legal, puede ser controvertida a través de cualquier medio probatorio, en atención al derecho a la defensa, como manifestación del derecho fundamental al debido proceso. En el contrato de seguro, por ejemplo, es

---

[5] La Corte Suprema de Justicia se ha referido a la posición dominante de los bancos y entidades financieras en general, al manifestar en su sentencia de diciembre 14 de 2011 lo siguiente:

> Los bancos, es cierto, ejercen una posición dominante en las operaciones activas y pasivas que realizan con los usuarios de sus servicios, la cual se concreta en la hegemonía que pueden ejercer para imponer el contenido del contrato, en la determinación unilateral de su configuración y en la posterior administración de su ejecución, como lo ha señalado esta Corporación. Y esto no puede ser de otra manera, por ser los servicios financieros una actividad que demanda masivamente la población y por lo tanto debe prestarse en forma estandarizada para satisfacer las necesidades de ésta, con la dinámica y agilidad que la vida contemporánea exige.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia del 14 de diciembre de 2011. M. P.: Jaime Alberto Arrubla Paucar. Expediente No. 01489.

[6] Se requiere un análisis del mercado, de su participación respecto de otras empresas, de la posibilidad de reemplazar su producto en el mercado, etc.

muy factible que un consumidor acuda a una agencia de seguros o a un corredor de seguros —personas profesionales en el sector que han de conocer los productos en cuya venta intervienen, quienes tienen el deber de dar información veraz y suficiente a sus consumidores— y este le informe al consumidor que el contrato que desea celebrar con la compañía de seguros "A" tiene una cláusula que contraría sus intereses particulares, mientras que el contrato de la compañía de seguros "B" no la tiene. No obstante, el consumidor opta por adquirir el producto con la compañía "A". Consideramos que, en este ejemplo específico, dicha cláusula no puede constituir un abuso de posición dominante contractual al haber tenido el consumidor pleno conocimiento del contenido de dicha cláusula, así como la posibilidad de adquirir el producto deseado sin la presencia de la misma.

Es claro que el tomador en este caso optó por contratar con la aseguradora "A", pese a conocer las condiciones contractuales a que se comprometería y a tener distintas opciones sin la inclusión de dicha cláusula. Por tanto, así la compañía ostente una posición dominante y la cláusula sea de carácter adhesivo, no puede considerarse que se configuró un abuso, por cuanto existe una voluntad real del consumidor a obligarse al contenido de dicha cláusula, sea o no conveniente para él.

Llegamos a través del anterior ejemplo al segundo requisito para que se pueda estar en presencia de una cláusula abusiva. Es claro que la simple existencia de una posición dominante contractual no es suficiente para determinar la existencia de una cláusula abusiva en el contrato; es necesario que nos encontremos frente a un precepto contractual

de carácter adhesivo, donde la cláusula que se pretenda tachar de abusiva haya sido impuesta unilateralmente por quien ostenta la posición dominante contractual,[7] es decir, que a través de esa cláusula se haga uso de la posición dominante contractual.

Es posible que un contrato no sea en su totalidad de carácter adhesivo, que la parte que ejerza un poder dominante contractual decida dar la opción a su contratante de negociar, proponer e incluso establecer algunas cláusulas del contrato. En primer lugar, es posible que en un contrato

---

[7] El concepto de la autonomía privada comprende: decidir si se contrata o no; establecer con quién se contrata; escoger la figura iuris; obrar personalmente o valiéndose de un intermediario; escoger el medio o la forma de expresión y, por último, determinar libremente el contenido del negocio, mejor, ejercer la libertad de configuración interna del contrato. Esta última facultad es la que se pone en entredicho con la contratación moderna masiva por cuanto la autonomía privada se ha restringido de tal manera, que el adherente en los contratos con cláusulas predispuestas no discute su contenido sino que se somete a él en el momento de realizar el respectivo acto de adhesión. El adherente no goza a plenitud del derecho a su autonomía privada, ya que no interviene en la configuración del contrato; sin embargo y a pesar de que la experiencia concreta nos muestra y prueba un distanciamiento con respecto de la idea tradicional de la autonomía negocial, 'se considera que el nombre (y, en cierta medida, la disciplina) todavía tiene razón de utilizarse'. Precisamente el no abusar cuando se tiene el poder de configuración del contrato puede ser entendido como un límite a la autonomía privada. El que introduce las condiciones generales en el contrato no puede establecer lo que él quiera, sino que esta () obligado a establecer, según un criterio equitativo, la regulación que se le ha confiado".

Ver Rengifo, Ernesto. Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante. Universidad Externado de Colombia. Segunda ed. Bogotá, Colombia. Págs. 189 y 190.

"(…) el Estado garantiza la libertad económica, conforme a la norma citada, y que ha de intervenir, por mandato de la ley, para impedir el abuso de la posición dominante en el mercado nacional. Pero no puede confundirse esta, que puede ser legítima, con el abuso de ella, que es cosa distinta y que merece el reproche del constituyente". Corte Constitucional. Sentencia SU-1193/00, M. P.: Alfredo Beltrán Sierra.

existan cláusulas que se negocien con el consumidor; a modo de ejemplo, es posible que en un contrato de seguros se negocie la forma en que el tomador pagará la prima, las coberturas y exclusiones que vaya a tener el contrato o las garantías a que el tomador deberá obligarse en virtud de dicho contrato. Igualmente, puede el consumidor establecer unilateralmente alguna cláusula (cabe mencionar los mismos ejemplos dados para las cláusulas negociadas) y que la compañía o parte dominante en el contrato se limite a aceptarlas. Vale mencionar que nos encontramos de acuerdo con la Ley 1480 de 2011, al manifestar que ello no obsta para que el contrato mantenga su carácter adhesivo,[8] permitiendo establecerse la presunción de posición dominante en cabeza de la parte predisponente de la mayoría de estipulaciones contractuales.

La cuestión a la que nos enfrentamos en este caso radica en la posibilidad de considerar si una cláusula que fue negociada, decidida o propuesta por el adherente al contrato puede ser tachada de abusiva. Al respecto, consideramos pertinente mencionar que nuestra posición es contraria a concebir dicha posibilidad, así como también se ha manifestado la Corte Suprema de Justicia en desacuerdo con ella.[9]

---

[8] El artículo 40 consagra que la existencia de algunas cláusulas negociadas en un contrato, no obsta para la aplicación de lo previsto en el capítulo II, referente a contratos de adhesión.

[9] "(…) en la formación de un contrato y, específicamente, en la determinación de "las cláusulas llamadas a regular la relación así creada, pueden darse conductas abusivas", ejemplo prototípico de las cuales "lo suministra el ejercicio del llamado 'poder de negociación' por parte de quien, encontrándose de hecho o por derecho en una posición dominante en el tráfico de capitales, bienes y servicios, no solamente ha señalado desde un principio las condiciones en que se celebra determinado contrato, sino que en la fase de ejecución o cumplimiento de este último le compete

Como hemos dicho, una cláusula abusiva no es más que una manifestación del abuso de una posición dominante de la que se goce en una relación contractual. Si quien ostenta de posición de dominio permite a su contraparte negociar, proponer e incluso establecer una cláusula, lo que hace es renunciar al ejercicio de su dominio y predisposición de dicha cláusula. Consecuencialmente, ¿cómo podría una cláusula en la que se renunció a la posición de dominio constituir un abuso del mismo?

No obstante, existe otro y tal vez un mayor motivo por el cual una cláusula negociada, propuesta o impuesta por la parte débil del contrato no puede constituir un abuso de la posición contractual del otro contratante, y este no es otro que la autonomía de la voluntad privada.

Por supuesto que tan conocido principio rector del derecho privado no puede pasar por alto al referirnos a cuestiones contractuales, como son las cláusulas abusivas. Existe una visión de dicho principio que no es frecuentemente analizada por los juristas y consiste en la posibilidad

---

el control de dichas condiciones, configurándose en este ámbito un supuesto claro de abuso cuando, atendidas las circunstancias particulares que rodean el caso, una posición de dominio de tal naturaleza resulta siendo aprovechada, por acción o por omisión, con detrimento del equilibrio económico de la contratación" (CCXXXI, pág. 746) y que "Lo abusivo —o despótico— en este tipo de cláusulas —que pueden estar presentes en cualquier contrato y no sólo en los de adhesión o negocios tipo—, se acentúa aún más si se tiene en cuenta que el asegurador las inserta dentro de las condiciones generales del contrato (art. 1047 C. de Co), esto es, en aquellas disposiciones —de naturaleza volitiva y por tanto negocial— a las que adhiere el tomador sin posibilidad real o efectiva de controvertirlas, en la medida en que han sido prediseñadas unilateralmente por la entidad aseguradora, sin dejar espacio —por regla general— para su negociación individual". Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 2 de febrero de 2001. M.P.: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

de tomar malas decisiones o poco convenientes. Claro que este derecho se encuentra cobijado bajo el principio fundamental de derecho ya mencionado.

No existe una posición uniforme respecto del bien jurídico que se pretende tutelar a través de la regulación de cláusulas abusivas, al considerarse en algunas legislaciones que se trata del equilibrio contractual,[10] mientras que en otras se estima que el bien jurídico tutelado debe ser el consentimiento del adherente, es decir, la existencia de una aceptación real del pacto y del contenido de una determinada cláusula de un contrato.[11] Por supuesto, existen otras legislaciones donde se contempla una teoría mixta del bien jurídico tutelado.[12] Al respecto, nos declaramos partidarios de la segunda postura mencionada; teniendo en cuenta que toda persona con

---

[10] Ley 1480 de 2011 (Colombia), Ley 95/96 (Francia), artículo 1398 del Código Civil peruano.

[11] Directiva 13/93/CEE (Unión Europea), Real Decreto Legislativo 1/2007 (España), ABG Gesetz de 1976 (Alemania), artículo 1469 del Código Civil (Italia), The Unfair Terms in Consumer Contracts Regulation de 1994 (Inglaterra), Ley 24.240 de 1993 (Argentina), Ley 7472 de 1994 (Costa Rica).

En este sentido, también se ha manifestado la Corte Suprema de Justicia en reciente jurisprudencia al manifestar:

> Suposiciones sobre el abuso del derecho por el acreedor para imponer un fuero parten de inferencias a partir de elementos que no necesariamente conduce a dicha conclusión e indebidamente presumen la mala fe de aquél. Además, esta circunstancia no obedece, se repite, a una conducta abusiva sino a un acuerdo volitivo expresamente aceptado por las partes al convenirlo, lo que necesariamente implica que conocieron desde ese momento sus alcances y efectos. No puede, en consecuencia, ni siquiera pensarse que se trata de un acto excesivo o prepotente que el mutuante le impuso a su contraparte, mucho menos cuando ello ni siquiera aquí se ha alegado.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia del 17 de abril de 2013. M. P.: Fernando Giraldo Gutiérrez. Expediente No. 1100102030002013-00344-00.

[12] Leyes 142 de 1994 y 1328 de 2009 (Colombia).

capacidad de ejercicio tiene derecho a ser deudor de cualquier obligación legalmente permitida, con total independencia de lo conveniente que para él sea y de lo equilibrado que determinado negocio o conjunto de negocios resulte para las partes.

Precisamente, por el desarrollo de la autonomía de la voluntad consideramos inaceptable un ordenamiento jurídico en el que exista una intervención en decisiones privadas que recaigan sobre derechos disponibles, por el sencillo motivo de atentar contra la naturaleza misma de dichos derechos.

Por otra parte, existe la posibilidad de que el adherente de un contrato interfiera en la posibilidad de que una cláusula constituya o no un abuso, a pesar de ser esta predispuesta por la parte dominante en el contrato y de encontrarse en perjuicio suyo.

Es el caso de la posibilidad del adherente de pronunciarse sobre la aceptación de dicha cláusula en particular, cuando pueda aceptar adherirse al contrato y rechazar dicha cláusula. Para que se pueda tildar una cláusula de abusiva, esta tiene que constituir un abuso cierto; por tanto, al poder el consumidor pronunciarse específicamente sobre la aceptación de dicha cláusula, en el evento de aceptarla no puede predicarse un abuso en virtud de dicha cláusula, puesto que el consumidor —en ejercicio de la autonomía de su voluntad privada— decidió aceptar dicha cláusula teniendo la posibilidad de rechazarla. Si bien en este caso se está simplemente adhiriendo a la cláusula, lo hace con independencia de la adhesión al contrato en general y con conocimiento de la posibilidad de rechazarla.

Por lo anterior, cabe mencionar la enorme importancia que tiene el deber de información por parte del contratante

dominante en el contrato, en el sentido de que el supuesto anteriormente desarrollado se fundamenta enteramente en el conocimiento del consumidor, tanto del contenido de dicha cláusula como de su posibilidad de adquirir el producto o servicio sin aceptar la cláusula en particular. Al encontrarnos frente a un contrato de adhesión, difícilmente una persona sea consciente de la posibilidad de adherir al contrato y no a una de sus cláusulas. En este sentido, es deber de su contraparte ser suficientemente claro con la información que suministre al adherente sobre el contenido de la cláusula y principalmente del carácter optativo que esta tiene, si pretende dar validez a la cláusula que vaya a predisponer y considere que pueda eventualmente constituir un abuso; de lo contrario, carecería enteramente del consentimiento del consumidor a adherir a esa cláusula, al considerarse como una simple aceptación del negocio en general y no como una efectiva manifestación de voluntad a través de la aceptación de la cláusula. De igual forma, es importante recordar en este ítem la labor de control, inspección y vigilancia que cumplen las superintendencias; particularmente la Superintendencia Financiera de Colombia, que vigila a las compañías de seguros, reaseguros y a los corredores de seguros.

Concluimos, entonces, que siempre que no medie una voluntad del consumidor de una forma superior o con mayor profundidad a una mera aceptación de la cláusula como requisito para poder aceptar el contrato, nos encontramos frente a una cláusula de carácter adhesivo donde, si esta es estipulada por la parte dominante, podría ser abusiva.

Para concluir con los requisitos que consideramos esenciales para que una cláusula pueda considerarse abusiva,

hace falta el análisis de la cláusula frente al contrato en general. Es cierto que el abuso de posición dominante en un contrato ataca únicamente la validez de la cláusula que constituya dicho abuso, pero para que este pueda ser determinado es necesario ver la cláusula en discusión frente al contrato en su conjunto y las condiciones particulares en que este tenga lugar.

A manera de ejemplo, una compañía de seguros vende el producto de seguro de daños y responsabilidad civil en el transporte de mercancías y exige al asegurado el cumplimiento de garantías como mantener el vehículo transportador en óptimas condiciones mecánicas, ser conducido por una persona que cumpla ciertos requisitos y transportar las mercancías en horas diurnas. No obstante, una persona desea adquirir el seguro de transporte de mercancías con dicha compañía y esta le impone, además de las garantías mencionadas, la de condicionar el área de carga del vehículo de transporte de acuerdo a determinadas especificaciones térmicas, lo cual implica un alto costo para el transportador.

A primera vista, podríamos creer que dicha cláusula constituye un abuso, al ser desproporcional a las garantías exigidas por dicha compañía a otros asegurados. No obstante, la mercancía cuyo transporte se pretende asegurar es algodón, producto susceptible de autocombustión, y por ello se encuentra justificada la inclusión predispuesta de dicha garantía al contrato de seguro por la parte dominante del mismo.

No se puede afirmar que una cláusula sea abusiva sin haber tenido en cuenta las particularidades del negocio específico, sin la visión de una cláusula como parte de un todo

que es el contrato y que puede contener razones que justifican la presencia de dicha cláusula y, por tanto, eliminan la posibilidad de considerarla constitutiva de abuso.

Así mismo, podemos encontrar una cláusula que pueda ser considerada como abusiva, pero que encuentre una contraprestación directa que compense el desequilibrio que dicha cláusula pueda traer al contrato, permitiendo presumir una declaración de voluntad del consumidor en virtud de la cual acepta la cláusula que sería abusiva por su interés en pactar la cláusula en la que se establece la contraprestación directa a la primera, beneficiándolo.

Una vez la cláusula haya cumplido con los requisitos que hemos señalado previamente, nos encontramos ante la tarea de determinar cuáles son los elementos constitutivos del abuso que se contenga en la cláusula predispuesta por la parte dominante del contrato, en ejercicio de dicha posición, sin que medie más que la simple aceptación por parte del adherente.

Es claro que no basta con que una cláusula cumpla con los requisitos previamente señalados, dado que, de cumplirse, estos solo determinan que la cláusula pueda ser susceptible de constituir un abuso de la posición dominante contractual, mas no que efectivamente lo haga.

En otras palabras, el hecho de que una cláusula sea preestablecida por una parte del contrato en ejercicio de la posición dominante contractual que ostenta, sin que medie un expreso consentimiento por parte del adherente a ella, no es un factor indicativo de que dicha cláusula resulte abusiva. Esta solo puede llegar a serlo en el caso en que contenga, además, los elementos constitutivos del abuso.

En primer lugar, la cláusula ha de ser perjudicial para el adherente. No es factible considerar que una cláusula pueda constituir un abuso de una parte en el contrato solo por el hecho de ser beneficiosa para la otra. Para tal efecto, debe generar, además, una carga u obligación para el adherente que no sea de la esencia o de la naturaleza del contrato en el que se encuentre la cláusula. Es de suma importancia tener claridad en este aspecto, dado que una cláusula que implique un elemento esencial o natural del contrato es fundamental para que se pueda desarrollar su objeto adecuadamente y, por tanto, las cláusulas que los contengan no pueden ser tachadas de abusivas, por su naturaleza misma.

Respecto de una cláusula que contenga un elemento esencial no es posible predicar un abuso, toda vez que, sin ella, el contrato no produciría efectos o se degeneraría en un contrato distinto. Así mismo, una cláusula que contenga un elemento natural del negocio tampoco es susceptible de ser entendida como abusiva, al punto de que el elemento le es tan natural al negocio que no debe contenerse en una cláusula especial y, en virtud del principio de buena fe contractual, son exigibles las obligaciones que emanen de la naturaleza del contrato, así no estén expresamente pactadas en él.[13]

Por ello, encontramos que son las cláusulas que contengan un elemento accidental del negocio las que son susceptibles de constituir un abuso de la parte dominante en el contrato, toda vez que estos elementos contractuales no obedecen al objeto del negocio tanto como a la mera liberalidad de las partes y, en el evento de ser adhesivos, el abuso

---

[13] Comparar con los artículos 1501 y 1603 del Código Civil de Colombia.

corresponde a la liberalidad de la parte que ejerza posición dominante en dicho contrato.[14]

Consecuencialmente, la carga u obligación que la cláusula imponga al adherente no debe obedecer sino a la mera liberalidad del predisponente, lo que genera que dicha cláusula pueda ser constitutiva de un abuso a la posición de dominio que este ejerce.

De otra parte, este perjuicio que la cláusula ocasiona al adherente, imponiéndole una carga u obligación, ha de carecer de justificación alguna a la luz de la equidad, proporcionalidad, buena fe y lealtad contractual.[15] Se ha sentado que la cláusula abusiva debe generar un desequilibrio contractual, desequilibrio que sería inexistente en el evento en que surja una justificación a la presencia de la cláusula en el contrato de que se trate. Lo anterior, con especial énfasis en el evento en que se constituya una contraprestación directa al perjuicio que la cláusula contemple para el consumidor. Como ya hemos visto antes, al existir una contraprestación directa a lo estipulado en la cláusula de que se trate, existe un equilibrio contractual, y, por lo tanto, se impide que pueda

---

[14] En Inglaterra, el artículo 3 numeral (2) The Unfair Terms in Consumer Contracts Regulation de 1994 hace referencia a cláusulas que no definan el objeto del contrato, sino que definan elementos accidentales del negocio.

[15] Los contratantes, al momento de fijar las reglas que señalan los designios de la convención, adicionalmente a lo que hayan resuelto ajustar, deben someter su comportamiento contractual a los cánones de la buena fe, sin que puedan, por ello, apartarse de un mínimo de referentes que marcan, por ejemplo, respeto por los derechos de la otra parte; no abusar de los propios; no someter injustamente al cocontratante a condiciones desmedidas, desproporcionadas, abusivas o solo en beneficio de uno de ellos y no asumir conductas desleales.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia del 13 de mayo de 2014. M. P.: Margarita Cabello Blanco. Expediente No. 11001-31-03-039-2007-00299-01.

llegar a considerarse abusiva la inclusión de la cláusula en el contrato adhesivo.

La contraprestación que pueda haber a la cláusula cuyo eventual abuso sea analizado ha de ser proporcional a la carga u obligación que se imponga al consumidor. No puede dejarse a un lado la proporcionalidad y la equidad como principios rectores en el campo contractual. De manera que de no ser proporcional la contraprestación a la cláusula que impone cargas al adherente, es latente la desproporcionalidad que, en cumplimiento de los requisitos ya mencionados, constituye abuso de parte del predisponente.

El legislador colombiano, al dar su definición de cláusulas abusivas en la Ley 1480 de 2011, fue consiente de este elemento constitutivo de abuso de posición dominante contractual al estipular que la cláusula abusiva debe representar un desequilibrio contractual en perjuicio del consumidor, no obstante no haber otorgado una sanción consecuente a dicha consideración.

En adición a lo anterior, es importante recordar que los derechos que se vean inmersos en las cláusulas accidentales y predispuestas por una parte del contrato en ejercicio de posición dominante son derechos disponibles. Este tipo de derechos son susceptibles de renuncia por parte del adherente, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad. No obstante, es precisamente en el evento en que, de una u otra forma, el adherente se ve obligado o forzado a hacerlo cuando se rechaza la validez de la cláusula en cuya virtud se contemple dicha renuncia, siempre y cuando no medie más que una simple aceptación por parte del adherente a dicha cláusula, sin poder oponerse a ella. Todo esto,

dado que no puede haber certeza de que mediara una real voluntad del adherente —no de forma explícita, cuando menos— a someterse a la situación perjudicial de que se trate.

Por supuesto que ello no implica que el adherente no pueda renunciar a sus derechos económicos de forma explícita; está en todo el derecho de hacerlo y de comprometer su responsabilidad contractual a las disposiciones que él desee. Por tanto, así una cláusula sea predispuesta, puede el consumidor manifestar su expresa voluntad de adherirse a ella, lo cual tendrá plena validez si dicha adhesión se realiza por parte del consumidor en conocimiento de la posibilidad de adherirse al contrato, sin la necesidad de hacerlo respecto a dicha cláusula.[16]

La mala fe contractual es, por supuesto, un elemento esencial al abuso de la posición dominante contractual. Al afirmar que una persona que ostenta una posición dominante frente a otra abusa de ello, no podemos considerar que lo hizo de buena fe, dado que los factores que le otorgan la posición dominante presumen una experticia en el negocio que este desarrolla de forma profesional. Por tanto, es improcedente considerar que estableció una cláusula constitutiva de abuso de forma ingenua. No se equivoca nuestro legislador al manifestar que el desequilibrio que

[16] Si una compañía de seguros ofrece un seguro de vida y predispone una cláusula que dispone que para afectar la cobertura por muerte violenta se debe allegar el dictamen de Medicina Legal que determine la causa de la muerte, y el tomador considera que dicha cláusula es aceptable por ofrecerle una guía y/o por considerar que dicho medio probatorio es el único idóneo para probar la ocurrencia del siniestro que afectaría dicha cobertura y decide aceptar la inclusión de la cláusula en el contrato de seguro, no puede tacharse de abusiva la cláusula por representar ella la voluntad del tomador adherente.

la cláusula incluya en el contrato sea injustificado,[17] dado que dicha afirmación se basa en el carácter profesional con que el predisponente estipula las condiciones contractuales, conociendo las cargas y obligaciones que le son naturales a las partes en el contrato referido y, al establecer cláusulas que le sean injustificadamente ventajosas, conociendo el abuso que está constituyendo de su posición dominante contractual.

Consideramos que entrar a analizar qué cláusulas particulares puedan ser consideradas abusivas sería una tarea en exceso dispendiosa, por depender la existencia del abuso de una cantidad de factores tan significativa, que se tendrían que analizar múltiples escenarios fácticos, considerando todos los pormenores de la cláusula y el contrato en que ella se encuentra. Lo señalado previamente respecto de los requisitos y elementos constitutivos del abuso en una cláusula predispuesta es suficiente para determinar lo casuístico del asunto, por lo que es imperativo establecer un régimen que atienda a la gran variedad de eventos a que se encuentra sometida la efectiva existencia del abuso a la posición dominante contractual, donde se otorgue a los jueces y/o a las entidades administrativas con facultades jurisdiccionales la potestad de conocer de los casos relativos al abuso contractual y para sancionarlo.

En conclusión, el interrogante planteado radica en definir qué es lo que se debe entender como una cláusula abusiva, a lo que nuestra respuesta es que esta debe entenderse como "aquella estipulación accidental predispuesta por una de

[17] Artículo 42 de la Ley 1480 de 2011.

las partes, en ejercicio de posición dominante; que, injustificadamente, genere una carga u obligación en cabeza del adherente, o bien implique una renuncia a los derechos de la parte adherente; vulnerando los principios de equidad, proporcionalidad y lealtad contractual; sin permitirle al adherente pronunciarse, rechazar o modificar lo dispuesto en dicha estipulación contractual".

Tal es la definición que, consideramos, permite al juez o la entidad administrativa con facultades jurisdiccionales determinar la existencia real de un abuso de posición dominante contractual para poder sancionarlo como tal y restablecer un verdadero equilibrio para el contrato, en el sentido de la real convergencia de voluntades como fuente de las estipulaciones.

4. Consecuencia jurídica de una cláusula abusiva

Ahora bien, en atención a lo señalado respecto de las cláusulas abusivas, encontramos que en dos de las tres regulaciones existentes en Colombia relativas a las cláusulas abusivas no se encuentra prevista la consecuencia jurídica apropiada para sancionarlas,[1] a saber: el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y el Estatuto del Consumidor, normas que le son aplicables al contrato de seguro de forma directa y suplementaria, respectivamente, y que contemplan la sanción de ineficacia de pleno derecho para las cláusulas abusivas.

---

[1] Compartimos la posición del doctor Rodríguez Young al considerar que:

Son varios los argumentos que, en materia de cláusulas abusivas, justifican la prevalencia de una nulidad parcial frente a una total: 1) La nulidad total implicaría eliminar tanto la cláusulas abusiva, (*sic*) como el resto del contrato, impidiendo, por sustracción de materia, alcanzar uno de los principales objetivos de la doctrina de las cláusulas abusivas: mantener el equilibrio del contrato; 2) La nulidad total perjudicaría injustamente a la parte que solicitó declarar la cláusula como abusiva, al privarla de las ventas que buscaba obtener con la ejecución del contrato; 3) La nulidad parcial evita al adherente los riesgos y costos que le conllevaría volver a contratar.

Rodríguez Young, Camilo Andrés. Una aproximación a las cláusulas abusivas. Legis Editores y Editorial Universidad del Rosario. Primera Ed. Bogotá, 2013. Págs. 72 y 73.

4.1. Ineficacia de pleno derecho

En este acápite cobra suma importancia la distinción que realizamos previamente entre cláusulas abusivas y cláusulas ilegales o ilícitas por contrariar un precepto de carácter imperativo, teniendo en cuenta que consideramos que la ineficacia de pleno derecho es la consecuencia jurídica que debe operar ante la ilegalidad de una cláusula, mas no ante el abuso que una cláusula pueda constituir en contra de una parte en el contrato.

Como hemos señalado anteriormente, en parte de nuestra legislación se ha establecido la ineficacia de pleno derecho como consecuencia jurídica a las cláusulas abusivas, lo que consideramos emana de la confusión de cláusulas abusivas con ilegales, atendiendo a la naturaleza de uno y otro fenómeno.

Lo anterior, teniendo en cuenta que la ineficacia de pleno derecho es una consecuencia jurídica que se encuentra perfectamente a tono con el concepto de ilegalidad, predicable de una cláusula o un negocio jurídico, en general, mas no con el concepto de cláusula abusiva, por cuanto esta está llamada a generar efectos toda vez que no sea atacada su validez.[2]

En primer lugar, es pertinente resaltar que el concepto de ineficacia de pleno derecho es frecuentemente equiparado

---

[2] Los doctores Stiglitz han manifestado que la cláusula abusiva entraña ventaja del empresario, desequilibrio en derechos y obligaciones, a diferencia de una cláusula ilícita, al no serlo formalmente, comportando un desequilibrio intolerable y violando principios como equidad, moral, buenas costumbres y buena fe. Comparar con STIGLITZ, Rubén y STIGLITZ, Gabriel A. Seguro contra la responsabilidad civil. Segunda ed. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, Argentina, 1994. Págs. 108 y 109.

al concepto de inexistencia, lo que ocurre en atención a que ambos generan los mismos efectos o, si se quiere, a que generan la misma carencia de efectos desde el fallido nacimiento del negocio.[3] Es claro que tanto uno como el otro generan la inexistencia de la cláusula, en el sentido en que la cláusula ineficaz de pleno derecho o la cláusula inexistente nunca estuvieron llamadas a generar efectos jurídicos y, por tanto, no nacieron a la vida jurídica. De la misma forma, ninguno de los dos fenómenos jurídicos requiere de declaración judicial, por lo que es notorio que existe una equivalencia entre ambos fenómenos y por lo que los entendemos como el mismo, así varíe su denominación.[4]

Ahora bien, consideramos que la ineficacia de pleno derecho no es el fenómeno jurídico adecuado para sancionar

---

[3] Particularidad del derecho privado colombiano es la presencia de una institución de la ineficacia negocial enteramente original, si se quiere autóctona, desconocida con anterioridad a la expedición del vigente Código de Comercio, que en su artículo 897 incorpora al catálogo de las figuras de ineficacia negocial una a la cual, con apoyo en la letra de esta norma, en el medio se le ha asignado la denominación de "ineficacia de pleno derecho", cuyos perfiles caracterizadores, según la propia ley, son, la tipicidad de las situaciones negociales fulminadas con este tratamiento, por lo cual sólo son gobernadas por esta figura los puntuales eventos para los cuales el legislador mercantil ha reservado este manejo; la privación liminar de efectos jurídicos para el acto merecedor de este trato, a lo cual consecuentemente sigue el tercero de sus rasgos distintivos, cual es que para el acto resulta superfluo un fallo judicial que lo ubique en la condición de ineficaz de pleno derecho.

Ramírez Baquero, Édgar. La ineficacia en el negocio jurídico. Primera Ed. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá, Colombia, 2008. Pág. 63.

[4] "No ha creado pues el Código de Comercio un fenómeno especial que denomina ineficacia, por oposición al de inexistencia. El código lo que ha hecho es hablar de ineficacia de pleno derecho que es la misma inexistencia". Ver Ordóñez Ordóñez, Andrés E. "Las obligaciones y cargas de las partes en el contrato de seguro y la inoperancia del contrato de seguro", en Lecciones de Derecho de Seguros No. 3. Editorial Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia, 2004.

una cláusula abusiva, por cuanto esto rompería abiertamente con los principios de la libre autonomía de la voluntad, estabilidad jurídica y *pacta sunt servanda,* así como abre la puerta a la deslealtad contractual de parte del adherente.[5] Es menester tener en cuenta que todos los anteriores son principios rectores de derecho en materia contractual y, por supuesto, aplicables al contrato de seguros.

El considerar que una cláusula sea abusiva por el simple hecho de contemplar determinada obligación o carga, o por disponer la renuncia a algún derecho por parte del adherente, es sostener que es abusiva por el hecho de estar prevista legalmente como tal. A su vez, determinar que una cláusula esté prevista legalmente como abusiva atendiendo solo a su contenido, independientemente del contrato en el que esta se encuentre y de las condiciones particulares de ese contexto, es igual a equiparar una cláusula abusiva a una ilegal, prohibirla fundado en el simple arbitrio del legislador.[6]

Si tal fuera el evento de una cláusula abusiva, ¿por qué llamarla así y no simplemente ilegal? De ser simplemente

---

[5] Puede una persona adherirse a un contrato de seguro que fue predispuesto por la compañía de seguros, en el que se contempla una cláusula que pueda constituir un abuso en su contra y otra cláusula que contenga una contraprestación a la primera, sabiendo del abuso que dicha cláusula podría constituir en su contra y solicitar a la autoridad competente que declare la existencia de los hechos que dan lugar para que dicha cláusula sea ineficaz de pleno derecho, adquiriendo posteriormente un beneficio en dicho contrato de seguro a través de su mala fe.

[6] En realidad, en el ámbito de cada relación, las condiciones generales son eficaces en cuanto tengan su título en el contrato, esto es, en cuanto sean aceptadas por el adherente. La regla legal válida para las condiciones generales no excluye la necesidad de la aceptación del adherente, sino que reconoce como suficiente la aceptación genérica de lo que predispuso la otra parte. Las cláusulas, en definitiva, son eficaces, no porque así lo quiere la ley, sino porque el adherente aceptó el reglamento de la otra parte.

ilegal la cláusula, no sería necesario agregarle una nueva denominación, ni dar una justificación de su prohibición en el encabezado del artículo que contemple la denominada lista negra (lista de cláusulas a prohibir por ser "abusivas").

Igualmente, equiparar una cláusula abusiva a una cláusula ilegal tendría como resultado la restricción a la disposición de derechos que, por su naturaleza, son derechos disponibles de los adherentes y particulares, en general. Es decir, al procurar la ley prevenir y evitar que se limite el ejercicio de ciertos derechos de los adherentes, se resultaría coartando legalmente la facultad de estos de disponer del derecho que la cláusula abusiva restringiría. En otras palabras, resulta más perjudicial para el adherente la prohibición legal que la contractual, en el sentido en que la primera inhibe al consumidor de la posibilidad de disponer de sus derechos de forma genérica y de ejercitar la autonomía de su voluntad en desarrollo de su capacidad de ejercicio, mientras que la segunda restricción se daría solo de manera particular en el contrato específico.

No estamos afirmando que las cláusulas señaladas en las listas negras no puedan constituir abuso de posición dominante, aunque es perfectamente factible que esto suceda en algunos casos. Ahí, precisamente, radica el problema de darle la sanción jurídica de ineficacia de pleno derecho a una cláusula abusiva: en el evento en que la cláusula proscrita por la ley no constituya un abuso para el caso en particular, es decir, cuando no reúna los elementos y requisitos

---

Ver Bianca, Massimo, Derecho civil. "El contrato". Universidad Externado de Colombia. Traducción por Fernando Hinestrosa y Édgar Cortés. Bogotá, Colombia, 2007. Pág. 367.

del abuso de posición dominante que anteriormente hemos señalado.[7]

Al darle la sanción de ineficacia de pleno derecho a la cláusula, se prohíbe la posibilidad de generar efectos jurídicos con independencia de las particularidades del negocio en que se pretenda incluir dicha cláusula y, por tanto, se elimina de antemano la posibilidad a las entidades financieras (y empresas, en general) de estipular dichas cláusulas en la totalidad de sus contratos, tanto cuando constituyan como cuando no constituyan un abuso de su posición dominante; incluso, cuando ni siquiera ostenten una posición dominante en el contrato.[8]

La ineficacia de pleno derecho, por otra parte, es una sanción perfectamente afín con el concepto de cláusulas ilegales, al señalar que dichas cláusulas nunca nacieron a la vida jurídica ni fueron llamadas a generar efectos jurídicos por no haber cumplido con los requisitos formales y/o materiales necesarios para poder existir en el ámbito

[7] Tanto el Código de Comercio en su artículo 1077 como el anexo 01 de la Circular Externa 039 de la Superintendencia Financiera de Colombia prohíben la limitación de los medios probatorios para el asegurado o beneficiario acreditar la ocurrencia y la cuantía del siniestro. No obstante, si en un contrato de seguro de daños se determina que el robo del bien asegurado debe acreditarse a través de denuncia penal y dicho medio probatorio es el único que en el caso en particular puede acreditar el asegurado o beneficiario, no existe realmente un abuso de posición dominante al no generar la restricción al ejercicio de los derechos por parte del asegurado o beneficiario.

[8] La Ley 1328 parte del supuesto de que la totalidad de los contratos financieros son de carácter adhesivo y, por ende, que las entidades financieras ostentan en toda ocasión una posición dominante contractual. Al respecto, hemos manifestado nuestro desacuerdo al no atender dicha presunción a la variedad de situaciones que determinan la efectiva existencia o carencia de posición dominante contractual por parte de una entidad bancaria, aseguradora o bursátil.

jurídico (al prohibirse por normas imperativas). No se requiere mayor análisis para determinar que a un fenómeno jurídico le debe ser imputada una consecuencia jurídica que se encuentre acorde con el contenido de dicho fenómeno, que le sea proporcional y adecuada.

Habiendo planteado nuestra oposición a la posibilidad de otorgar a las cláusulas abusivas la consecuencia jurídica de ser sancionadas a través de la ineficacia de pleno derecho, es necesario dar una justificación a nuestra postura a través de la cual se dé una claridad respecto de los motivos jurídicos y fácticos que sustentan nuestra opinión al respecto.

Podemos iniciar señalando que el haberle otorgado la consecuencia jurídica de ineficacia de pleno derecho a las cláusulas abusivas para proteger al consumidor o adherente de forma práctica (y evitar someterlo a un régimen que requiera un pronunciamiento judicial que sancione la cláusula) es una consideración que, en primer lugar, carece de técnica jurídica por no atender a la real naturaleza de la cláusula abusiva y que, en segundo lugar, no logra evitar al consumidor el tener que recurrir ante la instancia judicial o administrativa.

Afirmamos que el consumidor aún requiere someter a consideración del juez, o quien haga sus veces, la existencia de una cláusula abusiva para que este se pronuncie respecto de los hechos que generan la ineficacia, siendo que esta última no requiere ser decretada por un juez. No obstante, sí se requiere que se pronuncie sobre los supuestos que la fundamentan, que en el particular caso sería el abuso de posición dominante contractual inmerso en una cláusula. Lo anterior, en virtud de que no es factible considerar que

una persona celebre un contrato con la expectativa de que este no genere efectos ni nazca a la vida jurídica.

En efecto, existen los principios de buena fe contractual, *pacta sunt servanda* y estabilidad jurídica, en virtud de los cuales, al celebrarse el contrato, las partes entienden que lo pactado en él es plenamente válido, entienden que cada cláusula estipulada generará los efectos que ella contemple porque parten del supuesto de que dichas cláusulas fueron estipuladas de buena fe. Tachar una cláusula de abusiva desde antes de su nacimiento (especialmente si se contempla la prohibición a nacer jurídicamente) es partir del supuesto de mala fe contractual, de que la cláusula fue insertada en el contrato con el único propósito de constituir un abuso contra el adherente, situación que, al vulnerar el principio de buena fe, consideramos que constituye incluso una violación a la Constitución Política de Colombia. Mal hace el legislador al partir del supuesto de la mala fe contractual al referirse a las cláusulas abusivas, lo que se concluye de la consecuencia jurídica que le ha dado en las leyes 1328 de 2009 y 1480 de 2011.

De otra parte, el principio de *pacta sunt servanda* contemplado en el artículo 1602 del Código Civil se ve vulnerado en la medida en que la voluntad de las partes pierde la fuerza vinculante al eliminar la posibilidad de que con base en ella se renuncie, ceda o delimiten derechos, o se asuman cargas u obligaciones que, en principio, son disponibles y renunciables, limitando igualmente la autonomía de la voluntad privada en un marco netamente contractual. Lo anterior, consideramos que no es legítimo al no tratarse de un tema directamente tocante al interés general.

Es en este punto donde encontramos que en las normas cuestionadas (leyes 1480 de 2011 y 1328 de 2009) se encuentra un régimen de ilegalidad, en vez de uno correspondiente a un régimen de abuso de posición dominante. En efecto, vale mencionar que el tenor literal del artículo 1602 estipula que “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

Existen varios aspectos de dicha disposición legal que ameritan ser señalados en el presente escrito, al ser de suma relevancia para la cuestión acá tratada. En primer lugar, esta norma contempla que al encontrarse el contrato dentro de los lineamientos de legalidad tiene pleno carácter vinculante para las partes del contrato, carácter vinculante que emana precisamente de la misma voluntad de las partes y lo hace de forma directa.

En dicho artículo, podemos ver que el carácter vinculante se equipara a la fuerza de la ley, a manera de analogía. Por supuesto que el limitar la facultad de los contratantes a generar derechos y obligaciones en virtud de un contrato es contrario al principio plasmado en esta norma, siempre y cuando se cumpla con el requerimiento establecido para ello por la misma norma: la legalidad.

Respecto a dicho requerimiento, podemos afirmar que la legalidad a que se refiere esta norma es la relativa a la celebración del contrato, al cumplimiento de los requisitos formales y materiales para que el contrato pueda generar los efectos que en virtud del mismo se pretendan. Lo anterior, es distinto de las causas legales que puedan invalidar lo contenido en el contrato, que se refiere a situaciones ju-

rídicas que no permiten que lo pactado en él continúe generando efectos jurídicos e, incluso, pueda retrotraer los efectos que ya hayan tenido lugar en el tiempo (por ejemplo, la constitución de abuso de posición dominante en la cláusula contractual cuya validez esté en cuestión). Es claro que la cláusula jurídica nació con validez, por cuanto lo hizo en cumplimiento de los requisitos de legalidad de los que trata la primera parte de la norma. Sin embargo, tal validez no ha de ser enteramente tolerada por el ordenamiento jurídico ni por el adherente, al verse este facultado a oponerse a ella en virtud de la protección constitucional con la que goza al ser la parte débil del contrato, en cuyo perjuicio se puede constituir un abuso de posición dominante contractual.

Consideramos que al encontrarse la prohibición constitucional al abuso de la posición dominante, se constituye una causa de pérdida de validez de la estipulación que incurra en dicho abuso, por lo que requiere ser determinada la existencia del mismo y la facultad para ello recae, en primera instancia, en cabeza de un juez de la república o de una entidad administrativa que esté facultada por la ley para hacerlo.

No obstante, es de suma importancia recalcar que todo lo anterior depende, en primer lugar, de la voluntad del consumidor o de la parte adherente o débil del contrato a impugnar la cláusula que constituya el abuso de posición dominante. En efecto, está el consumidor en toda la facultad de aceptar someterse a dicho abuso, de tolerar sus efectos y asumir las cargas u obligaciones que tal estipulación contractual le impongan, o de disponer de sus derechos. No

olvidemos que los derechos de que tratan las cláusulas que puedan considerarse eventualmente abusivas son derechos enteramente disponibles por las partes, lo que implica que el obligar al consumidor a atacar una cláusula equivale a limitar su ejercicio de disposición respecto de los derechos económicos de que ella trate.

Finalmente, podemos ver cómo la ineficacia de pleno derecho atenta contra el principio de estabilidad jurídica, al generar una falta de certeza respecto de las estipulaciones contractuales y del carácter vinculante que los contratos celebrados puedan o no tener. Lo menos que espera una persona, bien sea adherente o predisponente, es que los contratos que decida suscribir tengan plena validez jurídica y sean exigibles las obligaciones y los derechos contemplados en dicho contrato. Podríamos atrevernos a afirmar que nadie, de buena fe, celebra un contrato esperando que este no genere efectos jurídicos ni le sea exigible su cumplimiento tanto a él como a su contraparte. Podemos también manifestar que toda persona celebra un contrato con la plena intensión de comprometerse a cumplir las obligaciones que en virtud de dicho contrato nazcan, de lo contrario, sencillamente no celebraría determinado contrato. Es del todo claro que la persona que no desea adquirir un determinado producto, no hace nada que pueda verse encaminado a la eventual adquisición del mismo.

Al romper la ineficacia de pleno derecho con las expectativas de ambas partes a celebrar un contrato de plena validez, así como su facultad de hacerlo, se rompe con la estabilidad jurídica del contrato y con la eventual certeza que pueda tener una persona respecto de las obligaciones en

las que es deudor y acreedor, realmente una consecuencia devastadora a los intereses de ambas partes en el contrato, a la estabilidad del mismo y a la certeza obligacional de los consumidores y productores en general.

Por lo anterior, podemos ver que resulta igualmente necesario que exista un pronunciamiento judicial que declare los hechos que dan lugar a la ineficacia de pleno derecho para que este pueda operar de forma tal que se respeten los principios rectores del derecho privado anteriormente señalados, concebidos individualmente y en conjunto.

De esta forma, lo que las partes pacten dentro del marco de la legalidad genera efectos jurídicos, pues si bien la ineficacia no requiere ser declarada judicialmente, sí lo requieren los hechos que dan lugar a ella: el abuso de la posición dominante contractual inmerso en una cláusula del contrato.

De otra parte, podemos encontrar que la constitución de un abuso por parte de quien ostenta el dominio en el contrato es un suceso que depende de numerosos factores fácticos, así como es un suceso que varía tanto como contratos adhesivos existan, dado que, si bien puede haber varios contratos iguales, las calidades de las partes varían según las personas que las representen. Tal variedad de supuestos fácticos hace que la ineficacia de pleno derecho de cláusulas pertenecientes a 'listas negras' establecidas legalmente no logre con su cometido de establecer un equilibrio contractual entre las partes. En otras palabras, dependiendo de las calidades del consumidor y de las demás condiciones estipuladas en el contrato, es posible que en muchos casos no se establezca un equilibrio y, lejos de hacerlo, se termine

desequilibrando el contrato en favor del adherente, lo cual tampoco es ni debe ser aceptable, en concordancia con los principios previamente señalados.

Como hemos expuesto en el desarrollo de este trabajo, no puede considerarse que una cláusula es uniformemente abusiva y que en todo contrato en que se pacte va a constituir un abuso en contra del adherente, lo que no explica que la consecuencia sea uniforme a la cláusula, como si fuera la cláusula como tal la que se castigara y no el abuso que esta implica, como si fuera ilegal.

Es, en efecto, la reiterativa conclusión a la que desde distintos puntos siempre hemos llegado: el problema con la legislación actual sobre cláusulas abusivas es que se han confundido con las cláusulas ilegales, sometiendo a aquellas a un régimen que no les es natural ni les es aplicable, por serle natural y atribuible a las cláusulas ilegales.

Al no ser la ineficacia de pleno derecho la consecuencia jurídica apropiada para atacar al abuso de posición dominante contractual manifestado en las cláusulas abusivas, surge el interrogante de determinar cuál ha de ser la consecuencia jurídica de una cláusula que constituya un abuso, es decir, cuál ha de ser el fenómeno jurídico apropiado para proscribir al abuso contractual inmerso en una cláusula. La respuesta a tal interrogante consideramos que ha sido razonablemente determinable a partir de lo planteado a lo largo de este trabajo y, en particular atención, a la relatividad que caracteriza al abuso que efectivamente pueda ser constituido por una cláusula predispuesta por una de las partes en el contrato, quien goce de posición dominante contractual.

En anticipación al planteamiento de la consecuencia jurídica a ser propuesta en el presente trabajo, es pertinente manifestar que todas las razones por las cuales hemos planteado que la ineficacia de pleno derecho no es el fenómeno jurídico apropiado para ser establecido como la consecuencia jurídica a una cláusula abusiva son, a su vez, razones por las cuales es apropiado considerar que la nulidad relativa sí lo es. No obstante, encontramos de gran importancia exponer con mayor profundidad los fundamentos en los que se sustenta nuestra postura, en virtud de la cual la nulidad relativa es aquella manifestación de invalidez negocial jurídicamente adecuada para impugnar el abuso de la posición dominante contractual, manifestado en el fenómeno jurídico denominado cláusulas abusivas.

4.2. Nulidad relativa

Como hemos mencionado anteriormente, consideramos que un elemento esencial para la constitución del abuso de la posición dominante contractual es la ausencia de un consentimiento real por parte del adherente a la cláusula que se predispone en su detrimento. La falta de certeza respecto de la existencia de una voluntad consiente y real de parte del contratante a adherir a la cláusula en particular es la que da lugar a considerar que pudo no haber existido una plena voluntad y ser este el evento en que se constituya el abuso.

En este sentido, es el hecho de haberse visto el adherente en la necesidad de adherir a dicha cláusula —para poder adquirir el producto o servicio que desea— lo que se constituyó el abuso, pues tal necesidad vició su consentimiento respecto de dicha cláusula que fue aceptada por un motivo

distinto de su voluntad de adherir a ella.[9] En ausencia de una voluntad viciada respecto de la aceptación de la cláusula, sería imposible que esta constituya un abuso, porque entraríamos a uno de dos supuestos, a saber: 1) la aceptación con consentimiento del adherente, y 2) el caso en que el adherente no acepta adherirse a la cláusula.

En el caso donde la aceptación tiene el consentimiento del adherente —el ejercicio de su facultad a disponer de sus derechos patrimoniales y/o a comprometer su responsabilidad al asumir las cargas u obligaciones que en su cabeza son constituidas contractualmente—, de mediar una voluntad del adherente a celebrar, adherir o aceptar dicha cláusula, no existe, como ya hemos señalado, un abuso de la contraparte contractual, por no haber un ejercicio real de la posición de dominio de la cual abusar en este evento.

Por su parte, el segundo caso —aquel en que el adherente al contrato sencillamente no acepta adherirse a la cláusula— opera con total independencia de que adhiera o no al contrato, por lo que al no haber aceptación de la cláusula, esta no genera efectos para ninguna de las partes, ya que simplemente nunca existió un acuerdo, pacto o adhesión en virtud del cual se estipulara la cláusula ni del que se pudiera predicar la existencia de una voluntad viciada; no hay objeto sobre el cual recaiga el análisis de la existencia o no de un abuso de posición dominante contractual.

---

[9] "Claro está que en realidad la fuerza no excluye el consentimiento, porque el atemorizado escoge entre los males el menor, pero también es claro que el que escogió no era el querido por él". ROCHA ALVIRA, Antonio, Lecciones sobre derecho civil. Primera ed. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá, Colombia, 2009. Pág. 63.

Por tanto, vemos que es la ausencia de un consentimiento real y libre de vicios de parte del adherente, respecto de la inclusión de la cláusula en el contrato, lo que se pretende tachar como un abuso del ejercicio de posición dominante que ostenta el predisponente.

Es pertinente recordar que no consideramos que los elementos esenciales ni naturales que hayan sido predispuestos a través de una cláusula estipulada, por quien goza de posición dominante, puedan tacharse de abusivos.[10] Lo anterior, por encontrarse en estos tipos de elementos las razones por las cuales el adherente toma la decisión de adquirir el servicio o producto objeto del contrato. Es decir, el tomador de un seguro desea trasladar a la compañía un riesgo que se encuentra en su cabeza a cambio de una prima, con el fin de que en el evento de ocurrir un siniestro la compañía lo indemnice.[11]

Si la persona decide tomar un seguro, existe una voluntad expresa de trasladar un riesgo que recaiga en su cabeza o la de un tercero y pagar una prima como contraprestación con el fin de que, en caso de ocurrir un siniestro, la compañía de seguros lo indemnice. Por lo anterior, las cláusulas donde se contengan dichos elementos no pueden constituir un abuso dado que si, por ejemplo, el adherente

[10] El contrato de seguro es un contrato consensual, por lo que se puede celebrar verbalmente sin ningún tipo de requisitos. Por lo anterior, existe contrato de seguro una vez las partes hayan pactado los elementos esenciales del contrato. Consecuencialmente, al existir algún defecto en alguno de dichos elementos, incluyendo el vicio de la voluntad, el contrato es ineficaz en virtud del artículo 897 y del último párrafo del artículo 1045 del Código de Comercio, en atención al artículo 1501 del Código Civil.

[11] Comparar con el artículo 1045 del Código de Comercio.

acepta pagar una prima elevada respecto de las demás primas ofrecidas en el mercado para seguros análogos, dicha decisión se refleja en la celebración o no del contrato, así como ocurre con las características del riesgo asegurado y la indemnización que la compañía le pagaría en caso de acaecer el siniestro.

Ahora bien, es importante mencionar que sí existe la posibilidad de encontrar un consentimiento viciado respecto de alguno(s) de los elementos esenciales del contrato o respecto de su totalidad. No obstante, dicho supuesto se encuentra por fuera del marco del presente ensayo, al relacionarse con la validez de la totalidad del contrato. Lo anterior, teniendo en cuenta que al carecer de una voluntad libre de vicios, respecto de, cuando menos, un elemento esencial del contrato, la totalidad del negocio jurídico carece de validez. Cualquier vicio en el consentimiento respecto de algún elemento esencial del contrato genera la invalidez de la totalidad del contrato,[12] o su ineficacia en tratándose del contrato de seguro en particular,[13] consecuencias jurídicas que, como hemos advertido, consideramos análogas.

De lo anterior se desprende también que solo puede existir abuso de posición dominante contractual en contratos válidamente celebrados, en los que el vicio de la voluntad fue constituido.[14] No es factible considerar que se

---

[12] Comparar con inciso segundo del artículo 898 del Código de Comercio y artículo 1502 del Código Civil.

[13] Ver inciso final del artículo 1045 y artículo 897 del Código de Comercio.

[14] Un negocio o acto anulable es "Válido al perfeccionarse, pero afectado con un grave defecto congénito que en potencia lo hace inválido". Ver Ramírez Baquero, Édgar. La ineficacia en el negocio jurídico. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá, Colombia. Pág. 207.

pueda castigar una cláusula que no ha sido pactada por quienes serían las futuras partes del contrato, dado que no se ha manifestado ninguna voluntad que pueda ser considerada viciada total o parcialmente, así como tampoco hay ningún contrato en el que se pueda considerar que existe una posición dominante contractual de parte de una persona sobre otra, mucho menos el abuso del mismo.

A su vez, de lo anterior se desprende que no procede en materia de cláusulas abusivas el señalar una lista de cláusulas abusivas per se, como lo ha hecho nuestra legislación, dado que su carácter abusivo no depende del arbitrio o la opinión del legislador, ni de la entidad administrativa facultada para señalarlas, sino que depende de que exista una posición dominante contractual y que de dicha posición se esté abusando,[15] lo que por su naturaleza ha de determinar el juez en el caso en concreto, mediante un control ex post.

Como veníamos señalando, no puede estar viciado el consentimiento que no se ha manifestado, dado que al no haberse manifestado la voluntad, esta es totalmente íntima y personal, por lo que no puede consolidarse algún abuso de un tercero respecto de una intensión o un pensamiento que no haya constituido consentimiento alguno. Por ello, únicamente puede existir el abuso cuando se da una exteriorización de

---

[15] El que la violencia para que exista deba ante todo ser injusta, no significa que con ausencia total de derecho se haya determinado a la victim a consenter ni que precisamente medie culpa en el intimidante, sino que es suficiente, aún cuando se amenace para obtener una cosa permitida en sí, que el influuyo o inflexion de la voluntad de violentar sobre el intimidado por la amenaza sea ilícito. De ahí que la violencia se pueda producer también mediante el ehercicio abusive de un derecho.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia del 05 de octubre de 1939, G.J. XLVIII.

la voluntad representada en la celebración del contrato. No obstante, es importante tener en cuenta que la fuerza de parte del predisponente sí puede darse en la etapa precontractual, teniendo en cuenta que es en esta etapa donde el predisponente condiciona al adherente a aceptar la cláusula que le es perjudicial para poder celebrar el contrato que el adherente desea celebrar, sin permitirle negociarla o celebrar el contrato sin dicha cláusula.

El abuso de posición dominante contractual se efectúa preestableciendo condiciones contractuales a las que el adherente no accedería si pudiese celebrar el negocio sin pactar dichas condiciones. No estamos necesariamente frente a un estado de necesidad de parte del adherente para poder considerar la existencia de un abuso, puesto que no se fundamenta el abuso en el estado de necesidad del adherente, sino en la posibilidad de abusar de la posición de dominio en el contrato;[16] por ello, no es necesario que el adherente se encuentre en un estado de necesidad ni que pretenda satisfacer una necesidad esencial a través del contrato para que se pueda constituir un abuso en su contra.

[16] Cuando se utiliza un derecho como instrument de amenaza a fin de provocar la realización de un acto jurídico, para que proceda contra éste las anción rescisoria cuyo objetivo es el de desvirtuar la eficacia que pudiera tener la intimidación sobre el consentimiento, no es jurídico limitar la investigación a averiguar si el intimidante no tenía derecho para determiner al otro por la amenaza o si carecía del derecho a la declaración de voluntad del amenazado, sino que además es necesario inquirer la presencia de uno de estos dos extremos: si la coacción fue empleada para obtener un resultado objetivamente contrario al derecho o a la moral, o si fue aplicado cierto medio de presión que a la luz de la Buena fe aparezca como excesivo, injusto o intolerable, con la mira de conseguir determinado resultado, aun cuando se haya tenido derecho para producer este.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia del 05 de octubre de 1939, G. J. XLVIII.

Por lo anterior, la posibilidad de abusar al preestablecer condiciones contractuales no radica únicamente en cabeza de quienes ofrecen servicios o productos que satisfacen necesidades de primer grado o esenciales, sino que se encuentra en cabeza de todas las personas que en desarrollo de su actividad o ejercicio mercantil predispongan las condiciones de los contratos que van a celebrar con sus clientes o usuarios.

Habiendo realizado la anterior observación, procederemos a precisar el vicio de la voluntad que se configura en la aceptación de una cláusula abusiva, como parte de la aceptación de un contrato de carácter adhesivo o con condiciones generales.[17]

El defecto jurídico se refiere en este caso a la aceptación de una cláusula que contraría las expectativas e intereses de quien la acepta, en aras de poder adherir al contrato en el que dicha cláusula se encuentra, sin tener la posibilidad de celebrar dicho contrato sin la inclusión de la cláusula en cuestión. En este evento consideramos que el consentimiento del adherente se encuentra viciado por fuerza.[18]

---

[17] ¿Puede la violencia provenir de la fuerza física aplicada a una persona, en forma tal que el acto se produzca sin la intervención de su voluntad? La práctica no suministra casos que permitan responder esa pregunta fuera del terreno de las meras hipótesis. Sería preciso que el sujeto estuviera bajo la influencia de una sugestión hipnótica, o que se le llevaran la mano obligándole a firmar por la fuerza, para que se produjera semejante caso, exclusivo, desde luego, por entero de la voluntad.

Pérez Vives, Álvaro. Teoría general de las obligaciones. Parte primera: De las fuentes de las obligaciones. Cuarta Ed. Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá, Colombia, 2009. Págs. 240 y 241.

[18] En el supuesto del ejercicio abusivo de un derecho ya no debe el juzgador, con predominante criterio subjetivo, examinar la gravedad de la amenaza ni la importancia de la acción procesal empleada, ni si ese medio de intimidación fue bastante para causar impresión fuerte en el deudor, dado que todo ello fatalmente envuelve

Recordemos que al estar hablando de derechos económicos disponibles constitutivos de elementos accidentales del negocio, es posible que el adherente desee aceptar la cláusula en virtud de la cual se vea injustamente perjudicado (evento en el que no se configuraría el elemento constitutivo del abuso de posición de dominio contractual ni de fuerza como vicio de la voluntad del adherente),[19] por lo que la fuerza como vicio del consentimiento de un adherente respecto de una cláusula que pueda constituir un abuso no es un fenómeno que se dé de forma uniforme en todos los adherentes ni en todos los contratos, así se encuentren

---

la fuerza, sin que haya, por otra parte, lugar a sorpresa de éste, porque desde que se obliga afronta esa contingencia. Lo que entonces procede para establecer la existencia del vicio del consentimiento causado por la violencia es indagar, con un criterio predominantemente objetivo, los fines logrados con la amenaza. En el caso de autos, lo que ha debido investigar el sentenciador era si la prestación cuyo cumplimiento se buscaba era injusta o intolerable, de acuerdo con los principios de la buena fe, o si no era el pago adecuado de la obligación, o si se trataba, con tal procedimiento, de arrancar al deudor ventajas excesivas.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia del 05 de octubre de 1939, G. J. XLVIII.

[19] El Contrato celebrado por la fuerza queda viciado por razón del miedo o temor que esta sea capaz de producir en la víctima, es decir, en cuanto ese miedo o temor supere la resistencia de quien lo sufre para dominarlo, habida cuenta de su edad, sexo y condición. Con otras palabras: si la persona del contratante sobre quien se ejerza la fuerza tiene defensas suficientes para no temer justificadamente la amenaza que se le hace para el caso de que no contrate, su consentimiento no queda viciado. (…) El miedo es una pasión, es un estado anímico que predispone a quien lo sufre para la ejecución de lo necesario en orden a evitar el daño que teme.

Uribe-Holguín, Ricardo. De las obligaciones y del contrato en general. Editorial Temis. Segunda ed. Bogotá, 1982. Pág. 210.

Al respecto, es pertinente mencionar que la ausencia de defensas suficientes para no temer justificadamente la amenaza que se le hace se ve claramente reflejada en la necesidad económica, consumista y/o social de adquirir el bien o servicio objeto del contrato a celebrar.

en situaciones análogas, puesto que la posibilidad de tachar una cláusula como abusiva radica no solo en la posibilidad de una parte a predisponer las condiciones contractuales, sino en la existencia o no de voluntad de cada adherente respecto a dichas condiciones y, así se encuentren en situaciones análogas uno y otro adherente, no es predicable interpretar la voluntad de uno de forma análoga frente a la voluntad del otro.[20]

Ahora bien, el mismo supuesto previamente mencionado puede ser analizado desde otra perspectiva: cuando una persona tiene la voluntad de celebrar un determinado contrato con determinadas condiciones contractuales, la existencia de una impresión fuerte, coacción o violencia que lo induzcan a celebrar ese mismo contrato con las mismas condiciones, es totalmente irrelevante para él.[21] En este sentido, la celebración del contrato se va a llevar a cabo en virtud de su voluntad y no de la fuerza que pretenda inducirlo a lo que él ya había decidido de antemano, es decir, a la celebración del contrato con dichas condiciones.

La fuerza es un vicio del consentimiento en virtud del cual se produce una impresión fuerte en una persona de

---

[20] "En el caso de la anulabilidad la parte legitimada es normalmente árbitro de la suerte de los efectos: estos últimos se consolidan o se eliminan". Ver Bigliazzi Geri, Lina; Breccia, Umberto; Busnelli, Francesca D. y Natoli, Ugo. Derecho civil. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia. Pág. 1046.

[21] "Cuando ha habido fuerza, el valor del motivo es tan verdadero como el motivo mismo, pero la fuerza determina un mal funcionamiento del proceso volitivo, por cuanto produce justo temor en grado suficiente para inclinar la voluntad, alterando la estructura regular del acto libre". Uribe-Holguín, Ricardo. De las obligaciones y del contrato en general. Editorial Temis. Segunda ed. Bogotá, Colombia, 1982. Pág. 210.

sano juicio,[22] a través de la creación de un justo temor de parte de la persona al verse expuesta a un mal irreparable y grave.[23] Al respecto, podemos encontrar varios elementos constitutivos de la fuerza, los cuales analizaremos a continuación desde la perspectiva de las cláusulas abusivas en contratos de adhesión.

En primer lugar, vale manifestar que el mal irreparable y grave ante el cual el futuro o eventual adherente a un contrato de adhesión habría de verse expuesto no es otro que la no celebración del contrato.[24] En efecto, una persona que desea celebrar un contrato otorga un pleno consentimiento respecto de los elementos esenciales de dicho contrato, por encontrar en las cláusulas que los estipulan el reflejo de su voluntad. Es decir, que al rehusarse a celebrar el contrato, por no desear aceptar la cláusula accidental

---

[22] Por Fuerza o violencia se entiende toda presión física o moral que se ejerce sobre una persona para inducirla a prestar su consentimiento en un acto jurídico. Dicha presión produce generalmente en la victima (sic) un sentimiento de miedo o temor que la coloca, si así se puede decir, en un estado de necesidad, o que le resta la libertad de decisión requerida por la ley para cualquier manifestación de la voluntad privada. De manera que la voluntad prestada bajo el imperio de la fuerza o la violencia es imperfecta: está viciada de falta de espontaneidad, aunque por lo dicho se comprende que el verdadero vicio de la voluntad no está constituido por la fuerza en sí misma, sino por la impresión de temor que infunde en el ánimo de la víctima. Así lo entendieron los jurisconsultos romanos, quienes emplearon preferentemente la expresión metus para designar esta causal de invalidez de los actos jurídicos.

Ospina Fernández, Guillermo y Ospina Acosta, Eduardo. Teoría general del contrato y del negocio jurídico. Editorial Temis. Séptima ed. Bogotá, 2009. Pág. 212.

[23] Comprar con el artículo 1513 del Código Civil.

[24] "El mal puede amenazar no solamente a la persona que experimenta el temor sino también a sus bienes". Pérez Vives, Álvaro. Teoría general de las obligaciones. Parte primera: "De las fuentes de las obligaciones". Cuarta ed. Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá, Colombia, 2009. Pág. 243.

que le es impuesta, sufriría un mal grave por no ser jurídicamente admisible que su voluntad se vea constreñida a la aceptación de cláusulas indeseadas para poder adquirir el producto o servicio deseado.[25]

En otras palabras, la voluntad del adherente a adquirir determinado bien o servicio y la no adquisición del mismo son el mal irreparable y grave al que se vería expuesto el adherente en caso de no aceptar la adhesión al contrato por la cláusula que se encuentra constreñido a aceptar para poder celebrar el contrato.

En segundo lugar, es claro cómo el temor que sufre el contratante se deriva de lo previamente expuesto. Al ver que para adquirir un servicio o un producto que se desea es necesario aceptar una cláusula con la que no se está de acuerdo y no se desea aceptar, la persona tiene la opción de adherir o no adherir a dicho contrato. En el evento en que decide adherirse al contrato, la persona fue consciente de aceptar una cláusula que contraría sus intereses y es ajena a su voluntad, pero lo hizo porque de lo contrario no podría adquirir el producto o servicio que deseaba, por temor de no poderlo adquirir sin adherir a dicha cláusula.

Ahora bien, en vista de la constitución de un vicio en el consentimiento por fuerza, respecto de la cláusula impuesta

---

[25] "La doctrina contemporánea está por la afirmativa. Es un estado de necesidad en materia civil, y por ello el aprovechamiento que de él hiciere la contraparte es capaz de alterar el consentimiento del contratante, en igual forma que lo alteraría la amenaza proveniente de las personas. De todas maneras, el efecto es el mismo: infundir en el ánimo del contratante un temor tal que lo lleve a consentir en un acto jurídico que lo perjudica; acto en el que no hubiera consentido en circunstancias diversas". PÉREZ VIVES, Álvaro. Teoría general de las obligaciones. Parte primera: "De las fuentes de las obligaciones". Cuarta ed. Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá, Colombia, 2009. Pág. 254.

de forma abusiva por el predisponente del contrato, vemos que nuestra legislación contempla que el vicio en el consentimiento genera la nulidad relativa del acto en el que dicho vicio se da. Al respecto, al referirnos a una cláusula y no al contrato en general, es fundamental tener en cuenta que el artículo 902 del Código de Comercio prevé la posibilidad de que en un negocio jurídico exista nulidad parcial, es decir, nulidad respecto de una o algunas estipulaciones o cláusulas del negocio sin que se afecte la validez de la totalidad del negocio.[26]

En virtud del artículo anteriormente indicado, podemos encontrar que es perfectamente posible en nuestro ordenamiento declarar la nulidad relativa de una cláusula abusiva por constituir fuerza en el consentimiento del contratante adherente sin que se afecte la validez de la totalidad del contrato, desde antes de las regulaciones especiales que han surgido para las cláusulas abusivas.[27] Encontramos,

---

[26] *Contratos total o parcialmente nulos.* Puede el contrato estar viciado en todas sus estipulaciones o puede estarlo solamente en alguna o algunas de ellas, caso en el cual es válido en las demás.

Por regla general, cuando son nulas las estipulaciones esenciales del convenio, este es susceptible de anulación total, y cuando lo son apenas las accidentales, únicamente se anulan estas, subsistiendo la convención con solo aquellas. Las estipulaciones naturales o presuntas no pueden estar afectadas de nulidad, porque son disposiciones de la ley que suplen la voluntad de las partes (art. 1501).

Uribe-Holguín, Ricardo. De las obligaciones y del contrato en general. Editorial Temis. Segunda ed. Bogotá, Colombia, 1982. Pág. 226.

[27] "Así, se concibe que una sola de las estipulaciones contractuales tenga objeto o causa ilícita, o solo ella requiera solemnidad que se omitió, o esté afectada por algún vicio del consentimiento, en tanto que las demás sean perfectamente válidas. La nulidad no comprende en tales eventos sino lo viciado en cuanto lo viciado no sea esencial en el contrato". Uribe-Holguín, Ricardo. De las obligaciones y del contrato en general. Editorial Temis. Segunda Ed. Bogotá, 1982. Págs. 226 y 227.

además, que de la interpretación del artículo 902 del Código de Comercio se desprende que la nulidad parcial se refiere a elementos accidentales del negocio, dado que la nulidad parcial no es predicable de cláusulas sin las cuales las partes no hubieran celebrado el contrato, lo que consideramos una clara remisión a cláusulas que contengan elementos principales del negocio: elementos naturales y esenciales.

Habiendo aclarado la posibilidad de existencia de una cláusula nula dentro de un contrato válido, podemos encontrar que la regulación referente a la nulidad relativa es susceptible de aplicarse parcialmente a un contrato, de aplicarse exclusivamente a una(s) determinada(s) cláusula(s) dentro de un contrato, de aplicarse exclusivamente a las cláusulas abusivas contenidas en un contrato.

Siendo que la cláusula abusiva es aquella en la que el consentimiento del adherente se encuentra viciado, es importante recordar que es precisamente el consentimiento del adherente lo que se pretende proteger mediante la prohibición de dichas cláusulas en aras de que en el contrato se vea reflejado el conjunto de las voluntades de las partes que lo celebran.[28] De esta forma, siendo el consentimiento del adherente el objeto de protección frente a las cláusulas abusivas, es jurídicamente lógico que el consentimiento del

[28] "Legislaciones modernas como la alemana, la suiza, la china, la libanesa, la turca y la brasileña consideran como vicio del consentimiento el estado de necesidad y autorizan al juez para anular el acto celebrado en tales circunstancias o para reducir las prestaciones excesivas que en tal caso se estipularon". Pérez Vives, Álvaro. Teoría general de las obligaciones. Parte primera: "De las fuentes de las obligaciones". Cuarta ed. Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá, Colombia, 2009. Págs. 254 y 255.

adherente sea suficiente para sanear el defecto creado mediante la estipulación de una cláusula abusiva.

Al respecto, el artículo 1752 del Código Civil permite la ratificación del acto nulo, que para efectos de nuestra investigación sería la ratificación de la cláusula nula. Es posible que el adherente ratifique en cualquier momento dicha cláusula, de la misma forma en que pudo consentir la celebración de la misma en virtud exclusiva de su voluntad.

En tratándose de derechos disponibles por el adherente en el contrato —o de obligaciones que este se encuentra en plena capacidad de asumir y que se encuentran dentro del marco legalmente permitido—, el adherente se encuentra en plena libertad de disponer y obligarse en la forma en que lo desee, desarrollando el principio de la autonomía de la voluntad privada. Sería inadmisible considerar que en el evento de una cláusula abusiva nos encontremos frente a una excepción al desarrollo de la libre autonomía de la voluntad, teniendo en cuenta que esta se encuentra limitada únicamente por el bien común y los fines constitucionales.[29]

En este orden de ideas, encontramos que, por tratarse de una estipulación que perjudica de forma particular al contratante adherente, únicamente es este quien se debe encontrar legitimado para alegarla. Al tener el contratante adherente la disposición de sus derechos, puede este tomar la decisión de ratificar expresa o tácitamente la cláusula que se haya impuesto de forma abusiva, así como también puede atacar su validez.

Al existir dichas posibilidades en cabeza del afectado por la cláusula abusiva, no es procedente permitir al juez o

[29] Ver artículo 333 de la Constitución Política de Colombia.

a la entidad administrativa con facultades jurisdiccionales y competencia declararla de oficio, ni al ministerio público solicitar su declaración, toda vez que se estaría afectando la libertad de disposición en cabeza del contratante adherente, limitando su posibilidad de ratificar el contenido de la cláusula. Por ello, encontramos que el Código Civil se encuentra en línea con la libertad de la autonomía privada en este aspecto al contemplar que la acción de nulidad relativa se encuentra en cabeza de la parte afectada.[30]

De igual forma, debe ser un juez o una entidad administrativa que ostente facultades jurisdiccionales quien pueda declarar la nulidad relativa de una cláusula dentro de un contrato de carácter adhesivo, puesto que para determinar la existencia de un abuso mediante el constreñimiento a la aceptación de una cláusula en particular dentro de un contrato debe verificarse la existencia de los elementos y requisitos de una cláusula abusiva en la cláusula demandada, toda vez que el juez debe analizar la calidad de las partes, el contenido de la cláusula frente al contenido del contrato, la existencia de más negocios entre las partes y la existencia de un consentimiento libre o un consentimiento viciado del adherente, en atención a los demás ítems que hemos señalado.

Recordemos que la existencia de abuso de posición dominante contractual varía según el contrato en particular y es posible que dicho abuso se dé en un contrato pero no se dé, sin embargo, en un contrato análogo, puesto que el abuso de posición dominante depende de la existencia o carencia de una real voluntad a aceptar una determinada

[30] Ver artículo 1743 del Código Civil.

carga contractual o una disposición de derechos, situación que varía con cada adherente, así se trate del mismo contrato predefinido.

Habiendo visto qué es una cláusula abusiva, podemos afirmar que la nulidad relativa es la consecuencia más apropiada para evitar el abuso contractual del predisponente no solo por el desarrollo de un vicio en el consentimiento del adherente, sino también por permitir al juez dar un adecuado control al fenómeno jurídico en atención a la naturaleza jurídica del mismo, las particularidades del caso en análisis y la sana crítica, lo que le permitirá velar por la protección del consentimiento libre de vicios de las partes en el contrato, respetando lo que haya sido pactado en virtud de la voluntad autónoma de cada uno de ellos, dentro del marco de la buena fe.

5. Cláusulas abusivas en el contrato de seguro

Si bien consideramos que la anulabilidad debe ser la consecuencia jurídica para las cláusulas abusivas en toda especie de contrato civil y comercial en que haya una posición contractual dominante, haremos una breve mención de su aplicación al contrato de seguro en particular, pues es en torno a este que se propuso, en principio, el presente trabajo. Para ello, daremos una aproximación inicial al contrato de seguro.

El contrato de seguro es aquel en virtud del cual una parte denominada Tomador transfiere un riesgo a otra parte, Compañía de Seguros, a cambio de una contraprestación (prima) con el fin de que, en caso de ocurrencia de un siniestro, la compañía de seguros asuma dichos riesgos y efectúe la indemnización (obligación condicional a cargo del asegurador) al asegurado (titular del interés asegurable) o beneficiario en el contrato.

Como hemos mencionado anteriormente, los elementos esenciales de un contrato son aquellos en los que se encuentra de manifiesto la voluntad de ambas partes, por lo que las cláusulas que contengan dichos elementos no pueden constituir un abuso de posición dominante, dado que el vicio en la voluntad respecto de alguno de ellos acarrea la anulabilidad

de la totalidad del contrato, así como la carencia de alguno de ellos acarrea la inexistencia o ineficacia del mismo.[1]

En el contrato de seguro, los elementos esenciales se encuentran legalmente señalados por el artículo 1045 del Código de Comercio, donde se establece la ineficacia como consecuencia jurídica en defecto de alguno de ellos, en concordancia con lo establecido en el artículo 897 del mismo Código. El artículo 1045 señala que son elementos esenciales del contrato de seguro el interés asegurable, el riesgo asegurable, la prima o precio del seguro y la obligación condicional del asegurador; por lo tanto, la designación o determinación contractual de los mismos no puede constituir un abuso.

También encontramos en el Título V del Código de Comercio una cantidad considerable de estipulaciones que no pueden constituir un abuso de posición dominante, dado que son ineficaces de pleno derecho, así no haya una posición dominante en cabeza del asegurador de la cual este pueda abusar. En efecto, nos referimos a las estipulaciones contractuales que contemplen o desarrollen lo establecido por el legislador como normas imperativas que regulan el contrato de seguro.[2]

---

[1] Por ejemplo, ha manifestado la Corte Suprema que "El interés asegurable, también llamado interés asegurado, es elemento esencial (*esentialia negotia*) del contrato de seguro y, por tanto, necesario e imprescindible para su constitución, nacimiento o existencia, sin cuya presencia no existe ni genera efectos en cuanto a esta categoría específica (artículos 898, 1045, 1083, 1124 y 1137 del Código de Comercio)". Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia del 12 de diciembre de 2008. M. P.: William Namén Vargas. Expediente No. 11001-3103-032-2002-00537-01.

[2] Al respecto, el artículo 1162 del Código de Comercio contempla una lista no taxativa de las normas del Título V del mismo texto normativo que no pueden ser modificadas por las partes.

Tal es la importancia que el legislador ha dado a estas normas relativas al contrato de seguro, que ha impedido que sean modificadas por alguna o ambas partes en el contrato, con total independencia de la existencia o no de una parte dominante en el mismo, así como del ejercicio de dicho dominio y del abuso del mismo.

Hemos de recordar lo mencionado previamente en relación con la legalidad y validez con que nace una cláusula abusiva, toda vez que en el contrato de seguro son las normas imperativas las que delimitan el ámbito de aplicación a la normativa relacionada con dichas cláusulas, al ser las normas imperativas el marco dentro del cual se desarrolla la autonomía de la voluntad privada. Es menester señalar que en el evento de considerarse que una cláusula pueda constituir un abuso de posición dominante de parte del predisponente y esta se encuentre también prohibida por una norma imperativa, dicha cláusula no puede aplicarse válidamente en el contrato y resulta, por ende, ineficaz debido a que resulta de mayor gravedad para nuestro ordenamiento jurídico contrariar una norma imperativa

Existe una tendencia a considerar que la compañía de seguros es la parte dominante en la relación contractual surgida del contrato de seguro; no obstante, tal no es la realidad absoluta, aunque sí la regla general. Es así como nos encontramos frente al evento en que el Estado es tomador o asegurado en el contrato de seguro.

En los contratos de seguro de cumplimiento como garantías en contratos celebrados entre entidades estatales y contratistas particulares, el contenido del contrato de seguro es definido por la entidad estatal al ser esta quien establece la

clase y el nivel de amparo de los riesgos del contrato. Así las cosas, es la compañía de seguros quien se adhiere a las condiciones predispuestas por la entidad estatal, quien entra a ocupar una posición dominante en la relación como asegurada y beneficiaria del mismo. Existe una gran particularidad en este caso, al encontrarse la posición dominante en cabeza de una persona que no es parte en el contrato, sino un tercero interviniente en el mismo. Sin embargo, es tan notoria su posición de dominio en el contrato de seguro, que la misma ley determina una prerrogativa a favor del tomador y asegurado que constituye una excepción a una norma de carácter imperativo para los demás contratos de seguro: la continuidad de la vigencia del contrato de seguro, a pesar de existencia de mora en el pago de la prima. El artículo 82 de la Ley 45 de 1990 introdujo una modificación al texto original del Código de Comercio en su artículo 1068,[3] estableciendo que la mora en el pago de la prima genera la terminación automática del contrato de seguro por ministerio de la ley. No obstante, la Ley 1150 de 2007 estipula que el contrato de seguro que constituya garantía prestada por el contratista no terminará por mora en el pago de la prima.[4]

Adicionalmente, la misma norma estipula que los contratos de seguro que constituyan garantía en un contrato estatal no pueden ser revocados unilateralmente por el asegurador, facultad que es permitida en general para ambas partes en el

[3] El texto original del Código de Comercio sujetaba la terminación del contrato de seguro por mora en el pago de la prima a la voluntad del asegurador, toda vez que esta se produciría a partir de la fecha en que este enviara el aviso al último domicilio conocido del tomador.

[4] Comparar con el inciso segundo del artículo 7 de la Ley 1150 de 2007.

contrato. Si bien es cierto que el artículo 1071 del Código de Comercio, en virtud del cual se puede revocar unilateralmente el contrato de seguro por cualquiera de las partes, es modificable a favor del tomador, asegurado o beneficiario en virtud del artículo 1162. Para el caso de los seguros de cumplimiento como garantía a contratos estatales, esta norma se encuentra modificada por una situación ajena a la voluntad de las partes y se establece como una prerrogativa legal a favor de las entidades estatales como aseguradas en el contrato.

Así, entramos en un conflicto existente entre la verdadera existencia de un abuso de posición contractual y lo legalmente estipulado como tal en la Ley 1328 de 2009 y el anexo 01 de la Circular Externa 039 de la Superintendencia Financiera de Colombia. En primer lugar, el artículo 11 de la Ley 1328 contempla cláusulas que son prohibidas en contratos de adhesión, sin especificar quién ocupe el papel de adherente y quién el de predisponente. Dicha imprecisión intentó ser dirimida en el anexo 01 de la Circular Externa 039 de 2011 al estipular que "(…) las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia deben abstenerse de (…) convenir cláusulas que puedan afectar el equilibrio de un contrato o den lugar a un abuso de posición dominante contractual",[5] en adición a la consideración incluida en el tercer inciso de la misma circular, donde se establece que el propósito de la misma es la protección al consumidor financiero.

[5] Ver el inciso primero del anexo 01 de la Circular Externa 039 de 2011 de la Superintendencia Financiera de Colombia, mediante el cual se adiciona el numeral 10 de la Circular Básica 007 de 1996.

Por ende, al tenerse al consumidor financiero como la persona distinta de la entidad vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia, es esta última a quien corresponde abstenerse de celebrar en contratos de adhesión cláusulas en las que se perjudique a su contraparte o cualquier tercero, en calidad de usuario, en desarrollo de lo estipulado para ello en la normativa ya señalada.

Por ello, para la adecuada interpretación normativa, debemos acudir a la definición del consumidor financiero contenida en la Ley 1328 de 2009 en su artículo 2, donde este es definido como todo usuario, cliente o cliente potencial de una entidad vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia.[6] A nuestro parecer, la definición de consumidor financiero, como el sujeto protegido mediante la prohibición de cláusulas abusivas, incluye de forma clara a las mismas entidades estatales que gozan de las prerrogativas de determinar el contenido del contrato de seguro de cumplimiento de un contrato estatal, sea en calidad de cliente, usuario o cliente potencial. Es decir, la ley protege de abuso de posición dominante a quien ostenta dicha posición, en adición a todas las prerrogativas que de su naturaleza se derivan, particularmente para el caso de los contratos de seguros en

---

[6] El literal e) del artículo 2 de la Ley 1328 de 2009 define al consumidor financiero en los términos ya señalados, teniendo en cuenta que el mismo artículo define cada una de las especies de consumidor financiero de la siguiente forma: el literal a) define al cliente como "la persona natural o jurídica con quien las entidades vigiladas establecen relaciones de origen legal o contractual, para el suministro de productos o servicios, en desarrollo de su objeto social"; el literal b) define al usuario como "la persona natural o jurídica quien, sin ser cliente, utiliza los servicios de una entidad vigilada"; y el literal c) define al cliente potencial como "la persona natural o jurídica con quien, sin ser cliente, utiliza los servicios de una entidad vigilada".

que la entidad estatal es el asegurado en el contrato de seguro, la posibilidad de unilateralmente decidir la ocurrencia del siniestro.[7]

De ahí que consideramos que existe una inconsistencia de carácter legal, al contemplarse que la persona jurídica de carácter estatal —quien por Ley predispone el contenido del contrato de seguro celebrado entre el contratista y la compañía de seguros— es la persona en cuyo beneficio se encuentra la prohibición de establecer cláusulas abusivas de parte del asegurador.

De manera que, teniendo en cuenta lo manifestado por la Corte Constitucional en Sentencia C-909 de 2012, en relación con las cláusulas abusivas como medio de protección de consumidores,[8] partiendo de que la misma providencia manifiesta que la interpretación de la definición de consumidor financiero en la Ley 1328 de 2009 se debe realizar a partir de la definición dada por la Ley 1480 de 2011. A este respecto, es necesario cuestionarnos si una entidad estatal es un consumidor financiero de una compañía de seguros, si el ser tomador, asegurado o beneficiario de un seguro se encuentra relacionado intrínsecamente o no con su actividad

---

[7] Comparar con el inciso 4 del artículo 7 de la Ley 1150 de 2007.

[8] El productor y el proveedor financiero, por contar habitualmente con mayores conocimientos profesionales y técnicos acerca de los productos o servicios que ofrecen, se encuentran en condiciones de asimetría frente al consumidor financiero, quien si bien puede tener un saber específico, no por ello deja de ser consumidor financiero. Así, sería necesario que el legislador señale principios y reglas de información y transparencia (*v. gr. prohibición de cláusulas y prácticas abusivas, procedimientos, sanciones), a efectos de contrarrestar, a partir de la asimetría, las desigualdades que experimenta la relación de consumo*.

(cursivas fuera del original). Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-909/12. M. P.: Nilson Pinilla Pinilla.

económica. Frente a este punto no profundizaremos en el presente trabajo, toda vez que consideramos que la posibilidad de abuso de posición dominante no requiere circunscribirse a una relación de consumo, como anteriormente hemos mencionado; no obstante, tal no es la perspectiva en la legislación vigente, por lo que el planteamiento de la cuestión se torna pertinente.

No solo es el Estado quien puede resultar ejerciendo una posición de dominio en una relación con una aseguradora en virtud de un contrato de seguro. Las entidades bancarias deben abrir una licitación privada para la escogencia de la aseguradora con quien tomará el seguro de infidelidad y riesgos financieros; también es factible que una compañía petrolera determine las condiciones de un contrato de seguro, teniendo en cuenta que económicamente ejerce el dominio de la relación contractual, entre otros ejemplos. En términos generales, no siempre es la aseguradora quien ejerce una posición de dominio en las relaciones contractuales surgidas de la prestación de los productos financieros por ella ofrecidos.

Así las cosas, nos referiremos en adelante a los eventos en los que existe una posición dominante de parte de la compañía de seguros, para determinar en qué eventos se puede efectuar un abuso de su parte. Para ello, debemos iniciar mencionando que el contrato de seguro no es un contrato de adhesión.

En materia de seguros, existe un documento que es distinto del contrato, pero con un carácter vinculante igual o incluso preferente al contrato mismo: la póliza de seguro.

El Código de Comercio señala que la póliza es un documento contentivo del contrato de seguro, el cual cumple con una finalidad probatoria del mismo.[9] El Dr. Efrén Ossa la define como "El documento principal en el negocio de seguros, el que regula las obligaciones y derechos de las partes y enmarca la acción del beneficiario en la relación contractual".[10]

Si bien la póliza cumple con la finalidad de probar la existencia del contrato de seguro, en ella se encuentran disposiciones contractuales particulares preferentes a las contenidas en las condiciones generales del respectivo contrato. El artículo 1047, en su numeral 11, determina que en la póliza se deben encontrar expresadas "las demás condiciones particulares que acuerden los contratantes", en adición a los elementos particulares mencionados en los numerales previos al señalado.

Encontramos, entonces, que el contrato de seguro es un contrato de condiciones generales, no enteramente de adhesión, por lo que no en todas las estipulaciones que conforman el contrato se puede generar abuso de posición dominante. En efecto, la póliza contempla estipulaciones propias del negocio particular, atendiendo a los intereses y la voluntad de ambas partes en el contrato. Así, puede que existan discrepancias entre el contenido de la póliza y el

---

[9] Comparar con el artículo 1046 del Código de Comercio.

[10] Ver Ossa, Efrén. Tratado elemental de seguros. Segunda ed. Ediciones Lerner, Bogotá, Colombia, 1963.

contenido de las condiciones generales del contrato, caso en el que será preferente lo contenido en ella.[11]

Las condiciones particulares del negocio son aquellas que responden a las calidades de los contratantes, a las particularidades que individualizan las necesidades de las partes y los intervinientes en el negocio. De esta forma, las condiciones particulares del contrato de seguro, contenidas normalmente en la póliza de seguro, son estipulaciones que, por lo general, son negociadas por las partes, incluso sugeridas por el tomador o el asegurado, por lo que no se puede afirmar la posibilidad de abuso en ellas, a no ser que se encuentren predispuestas por la aseguradora sin permitirle al tomador celebrar el contrato sin su aceptación.

De manera que, para determinar qué cláusulas pueden ser abusivas, nos encontramos frente a los elementos accidentales del contrato de seguros, acordes con la normativa imperativa que regula este contrato y cuyo pacto y ejecución son, en principio, enteramente válidos en nuestro ordenamiento jurídico.

Tales elementos son aquellos en los que se puede desarrollar un abuso de parte de la aseguradora, al ostentar esta

---

[11] Un claro ejemplo del evento mencionado es el seguro de bienes comunes, un producto particularmente diseñado para copropiedades o propiedades con régimen de propiedad horizontal, en el que se encuentra en las condiciones generales la cobertura de *responsabilidad civil extracontractual*. Frente a las propiedades individuales contenidas en el predio y en la póliza, se estipula que son asegurados la copropiedad y las propiedades individuales que la conforman. Igualmente, el seguro de bienes comunes contempla la cobertura de *responsabilidad civil extracontractual cruzada*. En este evento, en caso de originarse un siniestro en la zona común de la copropiedad, afectando una propiedad individual, el siniestro se encuentra excluido por las condiciones generales de la póliza, pero cubierto por la póliza.

una posición dominante y ejercerla. Uno de dichos eventos se encuentra señalado en el artículo 1061 del Código de Comercio, y no es otro que la garantía en el contrato de seguro. Las garantías son cargas accesorias que la compañía de seguros impone al tomador o al asegurado, consistentes en "la promesa de hacer o no determinada cosa, o a cumplir determinada exigencia, o mediante la cual afirma o niega la existencia de determinada situación de hecho".[12]

Existen dos tipos de garantías, en concordancia con lo establecido en esta norma: las consistentes en la declaración de la existencia de determinada situación de hecho o las consistentes en la obligación de hacer o no hacer determinada cosa. Dicha diferenciación cobra importancia al existir distintas consecuencias jurídicas para cada una de ellas, siendo la anulabilidad del contrato la consecuencia de la garantía consistente en declarar la existencia o no de una situación de hecho, y la terminación del contrato la consecuencia de la garantía consistente en la obligación de hacer o no determinada cosa, de cumplir con determinada exigencia.

En ambos casos, la garantía es un elemento accidental del contrato de seguro, por lo que es posible que el asegurador ejerza un abuso de posición dominante al predisponerla.

Las garantías tienen que encontrarse relacionadas con el elemento esencial del contrato de seguro indicado en el numeral segundo del artículo 1045 del Código de Comercio: el riesgo asegurable.[13] Ahora bien, dicha relación puede

---

[12] Ver artículo 1061 del Código de Comercio.

[13] La Corte Suprema de Justicia, en Sentencia 191 de 2002, manifiesta que una característica de las garantías es guardar relación con el riesgo asumido por el asegurador.

ser sustancial o no, según la garantía constituya un presupuesto determinante o no en la asunción del riesgo por parte del asegurador. Es importante aclarar que una garantía consistente en la declaración de una situación fáctica, previa a la celebración del contrato de seguro, es un fenómeno distinto de la declaración del tomador sobre el estado del riesgo, contemplada en el artículo 1058 del Código de Comercio, en el sentido en que la declaración sobre el estado del riesgo se refiere a los hechos o circunstancias que necesariamente sean determinantes en él.

El abuso que puede constituir el asegurador al predisponer una garantía no consiste en establecer una garantía gravosa para el tomador o asegurado, ni en que esta garantía sea o no determinante en el estado del riesgo asegurado. En términos de la Corte Suprema de Justicia:

> Sea o no sustancial, en los términos ya reseñados, debe tener o guardar —alguna— relación con el riesgo, esto es, con el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, asegurado o beneficiario (art. 1054 C. de Co), que es asumido por el asegurador, a voces del artículo 1.037 del estatuto mercantil, puesto que de lo contrario, ello se prestaría para la incubación de abusos y conflictos que, al unísono, eclipsarían la teleología bienhechora de la institución del seguro.[14]

[14] Comparar con la Sentencia 191 de 2002, Corte Suprema de Justicia.

Es abusiva la cláusula que predisponga el asegurador, en ejercicio de su posición dominante contractual, en la que se obligue al tomador o asegurado a cumplir con una exigencia o a afirmar o negar la existencia de una situación fáctica, siempre y cuando dicha promesa no encuentre relación alguna con el estado de riesgo, independientemente de la trascendencia que esta tenga en él.[15]

De otra parte, se puede constituir abuso de parte del asegurador mediante el establecimiento de cláusulas que contemplen consecuencias más gravosas para el tomador, asegurado o beneficiario de las que las normas no imperativas contemplan para determinados eventos en la celebración y ejecución del contrato de seguro.

Por ejemplo, existe una obligación en cabeza del asegurado consistente en declarar la coexistencia de seguros respecto del bien asegurado, indicando el asegurador y el valor asegurado de dichos seguros, al dar el aviso de la ocurrencia del siniestro. La consecuencia del incumplimiento malicioso a dicha obligación, contemplada por el Código de Comercio, es la pérdida del derecho a la prestación asegurada.[16] El evento en que el asegurador establezca contractualmente dicha consecuencia para el incumplimiento de tal obligación, independientemente de la existencia o no de malicia de parte del asegurado, genera una carga en cabeza del asegurado injustificada, contrariando el principio de buena

---

[15] "Y es que ciertamente no puede concebirse en el contrato de seguro, *in toto*, una desconexión plena o absoluta entre la garantía y el riesgo, pues aquella puede ser o determinante en la asunción de aquel por parte del asegurador o bien servir para el mantenimiento cabal del equilibrio técnico, a la par que de la ecuación: riesgo-prima". Ver ibídem.

[16] Comparar con el artículo 1076 del Código de Comercio.

fe y constituyendo un abuso. Igualmente ocurriría en el caso en que el asegurador establezca consecuencias más gravosas que la legalmente estipulada, como sería una retención de primas no devengadas a título de pena.

Así mismo, es posible que en un seguro de daños sobre un conjunto de bienes se entiendan excluidos bienes que no se hayan individualizado en el contrato de seguro, sin que sean análogos a alhajas, cuadros de familia, colecciones u objetos de arte, toda vez que para dicho tipo de contratos se entiende que los bienes muebles constitutivos del menaje de una casa pueden ser asegurados sin necesidad de designarse específicamente en el contrato.[17]

De otra parte, el deducible es una porción del riesgo que se mantiene en cabeza del asegurado, lo que genera, en principio, la inasegurabilidad del mismo. El celebrar otro contrato de seguro para cubrir la porción del riesgo que permanece en cabeza del asegurado en el contrato original genera la terminación de este, en concordancia con lo establecido en el artículo 1103 del Código de Comercio, razón por la cual consideraríamos que la imposición de una consecuencia más perjudicial para el asegurado o la estipulación de sanciones adicionales sería un abuso de parte del asegurador.

Es menester precisar que para los eventos anteriormente señalados —como eventos en los que se constituye un abuso de parte del asegurador— se parte del supuesto del cumplimiento de los requisitos y los elementos que previamente hemos señalado para que dicho abuso se pueda constituir, de manera que existe la posibilidad de que en

[17] Comparar con el artículo 1085 del Código de Comercio.

ciertos casos particulares dichas cláusulas no constituyan abuso alguno.

Ahora bien, la cláusula que limita los medios probatorios del adherente ha sido considerada como una cláusula abusiva en nuestra legislación, afirmación frente a la cual no existe objeción alguna de nuestra parte. No obstante, en el contrato de seguro consideramos que de limitarse los medios de prueba en ejercicio abusivo de posición dominante contractual no se incurriría en abuso, sino en ilegalidad por violar normas imperativas para el contrato de seguro.

Existen dos eventos que interesan al tomador, asegurado o beneficiario probar: la existencia del contrato de seguro y la realización del riesgo asegurado o el siniestro. Respecto del primero, el artículo 1046 del Código de Comercio establece que el contrato de seguro se puede probar por confesión o por escrito, de manera que la limitación probatoria respecto de la existencia del contrato se encuentra establecida de forma legal y el asegurador ha de ceñirse a ella, así como el asegurado.

El segundo evento que interesa probar al asegurado o beneficiario es el siniestro, respecto del cual el Código de Comercio establece en su artículo 1077 que este debe probar tanto la ocurrencia del siniestro como la cuantía del mismo: realizar la reclamación formal ante el asegurador. Es importante mencionar dos eventos particulares respecto de la reclamación que ha de efectuar el beneficiario: en el seguro de responsabilidad civil se debe acreditar la responsabilidad en cabeza del asegurado de los daños sufridos por el reclamante. Sin embargo, aunque consideramos que al ser este el riesgo trasladado al asegurador —mediante el

contrato de seguro de responsabilidad civil— acreditar la responsabilidad del asegurado no es otra cosa que acreditar la misma ocurrencia del siniestro o riesgo asegurado. De otra parte, en el seguro de vida, el valor indemnizable es siempre el valor asegurado, al carecer dicho seguro de carácter indemnizatorio, de manera que el beneficiario solo ha de probar la ocurrencia del siniestro.

En todo caso, la realización del riesgo es un evento cuya ocurrencia y cuantía pueden ser probadas a través de cualquier medio probatorio, en atención a lo establecido en el numeral 3 del artículo 100 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, siendo dicha disposición tan imperante en nuestro ordenamiento que su incumplimiento genera una sanción significativamente gravosa para el asegurador. De esta manera, la limitación probatoria como cláusula abusiva, contemplada en el anexo de la Circular Externa 039 de 2011 proferida por la Superintendencia Financiera de Colombia, no es aplicable al contrato de seguro, toda vez que de manera imperativa ya se ha efectuado dicha prohibición.

Conclusiones

El contrato de seguro, teniendo una significativa cantidad de particularidades, no deja de ser un contrato que responde a los principios generales del derecho ni cuyo desarrollo jurídico dista del de los demás contratos mercantiles.[1] Por ello, el régimen de cláusulas abusivas al que este contrato deba ceñirse ha de ser acorde con el régimen aplicable a todos los demás contratos, al ser un régimen que protege a una parte contractual por ser adherente o parte débil, no un régimen que protege a una parte contractual por denominarse asegurado, cuentacorrentista, transportador, cliente o proveedor.

Así mismo, el régimen de cláusulas abusivas ha de aplicar de forma uniforme a todos los contratos en los que se ejerza una posición de dominio. Igualmente, los principios rectores del derecho han de aplicarse a dicho régimen en la misma forma en que lo hacen en cualquier otra normativa.

---

[1] Si miramos con detenimiento toda la regulación positiva del Código de Comercio en materia de contrato de seguro, veremos que de una u otra manera siempre las normas específicas referentes al contrato de seguro que consagran la nulidad del contrato ante determinadas circunstancias, sea absoluta o relativa, la consagran ante manifestaciones de cualquiera de estas causas generales, con sujeción a una regulación especial, y fundamentalmente en presencia de vicios de la voluntad (para la nulidad relativa) o de violación de normas prohibitivas (para la nulidad absoluta).

Ver Ordóñez, Andrés E. Las obligaciones y cargas de las partes en el contrato de seguro y la inoperancia del contrato de seguro. Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 2004. Pág. 137.

En este orden de ideas, las cláusulas abusivas —como manifestación del abuso de la posición dominante contractual— deben regularse acorde a su naturaleza, partiendo del supuesto de que se encuentran en una esfera contractual cuyas particularidades varían con cada contratante, al regirse la contratación privada por la libertad económica, el desarrollo del principio de la autonomía de la voluntad privada. La necesidad de un régimen de cláusulas abusivas que responda a la realidad casuística del mundo de los contratos exige una consecuencia jurídica mediante la cual se atienda a las particularidades de cada contrato, de sus partes, de su contexto, de la existencia real de un abuso en la cláusula acusada: la anulabilidad de la cláusula.

En el presente trabajo hemos expuesto cómo en distintas legislaciones se ha asumido jurídicamente la anulabilidad o nulidad relativa de la cláusula que se considere abusiva, incluyendo parcialmente la legislación colombiana, por ser dicha nulidad la consecuencia que se deriva de la imposición unilateral de una cláusula abusiva (la fuerza como vicio de la voluntad). No obstante, tal es solo nuestra posición frente a un punto en el que aún no se logra un acuerdo, por lo que se encuentra a nivel mundial toda suerte de perspectivas, consideraciones y regímenes.

De igual manera, han sido explicados los motivos a partir de los cuales se ha determinado defender la anulabilidad de las cláusulas cuando constituyen abuso de posición de dominio —en contraposición a la ineficacia como consecuencia del abuso contractual—, así como el ámbito de aplicación y los requisitos y elementos que han de ser tenidos en cuenta para la determinación de la existencia de

un abuso en una estipulación contractual, con gran énfasis en el contrato de seguro y en atención a las particularidades que la legislación relativa a este presenta.

Así las cosas, podemos concluir que no existe certeza respecto de lo que es una cláusula abusiva, dado que en el mundo, incluso dentro de nuestra propia legislación, existe toda suerte de definiciones, regímenes y consecuencias. No obstante, hemos procurado asumir una postura que se encuentre acorde con el ordenamiento jurídico colombiano, en la que se encuentran la naturaleza, los elementos y las consecuencias jurídicas de una cláusula abusiva en concordancia con los principios rectores del derecho y las particularidades de las prácticas comerciales que dan lugar a la existencia de regulación y prohibición del abuso de la posición de dominio en un campo contractual, principalmente en el sector económico de los seguros.

Bibliografía

ABG Gesetz de 1976, República Federal de Alemania.

Águila-Real, Jesús Alfaro. Las condiciones generales de la contratación. Editorial Civitas

S. A. Madrid, España, 1991.

Alterini, Atilio Aníbal. "Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas (Argentina y Paraguay)", artículo en Las Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas Abusivas. Ed. Civitas y Fundación BBV. Madrid, España, 1996.

Anexo a la Circular Externa 039 de 2011. Superintendencia Financiera de Colombia.

Arosemena Samudio, David J. "¿Es el seguro un contrato de adhesión?", artículo en Revista Iberoamericana de Seguros No. 11. Pontificia Universidad Javeriana, CILA, IDES. Bogotá, Colombia, 1998.

Arrubla Paucar, Jaime Alberto. Contratos mercantiles. Teoría general del negocio mercantil. Legis Editores. Décimo tercera ed. Bogotá, Colombia, 2012.

Bianca, Massimo. Derecho civil. "El contrato". Editorial Universidad Externado de Colombia. Traducción por Fernando Hinestrosa y Édgar Cortés. Bogotá, Colombia, 2007.

Bigliazzi Geri, Lina; Breccia, Umberto; Busnelli, Francesca D. y Natoli, Ugo. Derecho civil. Tomo I, Volumen 2. Hechos y actos Jurídicos. Editorial Universidad Externado de

Colombia. Traducción por Fernando Hinestrosa Primera ed. en español. Bogotá, Colombia, 1992. Reimpresión en 1995.

Caballero Sánchez, Ernesto. "La noción legal de consumidor de seguros", en Revista Iberoamericana de Seguros No. 9. Pontificia Universidad Javeriana, CILA, IDES. Bogotá, Colombia, 1996.

Cámara de Comercio de Bogotá (1974, 10 de septiembre). Laudo Arbitral: Banco de Bogotá vs. Seguros Comerciales Bolívar, Aseguradora Colseguros y Seguros Tequendama S. A.

Cámara de Comercio de Bogotá (2002, 15 de febrero). Laudo Arbitral: Adriana María Calderón Palacio vs. Cafesalud Medicina Prepagada S. A.

Cámara de Comercio de Bogotá (2006, 1° de diciembre). Laudo Arbitral Concelular S. A. (En liquidación) vs. Comunicación Celular S. A. Comcel S. A.

Cámara de Comercio de Bogotá (2007, 23 de febrero). Laudo Arbitral: Punto Celular vs. Comunicación Celular S. A. Comcel S. A.

Circular Externa 039 de 2011. Superintendencia Financiera de Colombia.

Circular Externa 042 de 2011. Superintendencia Financiera de Colombia.

Código Civil de la República de Colombia.

Código Civil de la República de Italia.

Código Civil de la República de Perú.

Código de Comercio de la República de Colombia.

Compiani, María Fabiana. "La armonización de las legislaciones de consumidor y seguros", en Revista Iberoamericana de Seguros No. 33. Vol. 19. Pontificia Universidad Javeriana, CILA, IDES. Bogotá, Colombia. 2010.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1140/00. M. P.: José Gregorio Hernández Galindo. Expedientes D-2777, D-2782, D-2783, D-2792, D-2802, D 2809 y D-2811.

Corte Constitucional. Sentencia SU-1193/00, M. P.: Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-909/12. M. P.: Nilson Pinilla Pinilla. Expediente D-9075.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia del 05 de octubre de 1939, G. J. XLVIII.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia del 13 de agosto de 1969. G. J. CXXXI.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia del 03 de mayo de 1984, G. J. CLXXVI.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia del 19 de diciembre de 1994. M. P.: Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Expediente No. 3972.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia del 29 de enero de 1998. M. P.: Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Expediente No. 4894.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia del 27 de marzo de 1998. M. P.: José Fernando Ramírez Gómez. Expediente No. 4798.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia del 02 de febrero de 2001. M. P.: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Expediente No. 5670.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia del 19 de noviembre de 2001. M. P.: Jorge Antonio Castillo Rugeles. Expediente No. 5978.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia del 14 de diciembre de 2001. M. P.: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Expediente No. 6230.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia del 21 de mayo de 2002. M. P.: Silvio Fernando Trejos Bueno: Expediente 7288.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia del 30 de septiembre de 2002. M. P.: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Expediente No. 4799.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia del 19 de febrero de 2003. M. P.: César Julio Valencia Copete. Expediente No. 6571.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia del 24 de febrero de 2006. M. P.: Edgardo Villamil Portilla. Expediente T - No. 05001220300020050041 5-01.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia del 14 de julio de 2006. M. P.: Silvio Fernando Trejos Bueno: Expediente No. 1177.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia del 12 de diciembre de 2008. M. P.: William Namén Vargas. Expediente No. 11001-3103-032-2002-00537-01.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia del 28 de abril de 2011. M. P.: William Namén Vargas. Expediente. 41001-3103-004-2005-00054-01.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia del 14 de diciembre de 2011. M. P.: Jaime Alberto Arrubla Paucar. Expediente No. 01489.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia del 4 de julio de 2013. M. P.: Fernando Giraldo Gutiérrez. Expediente No. 17001310300322008-00216-01.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia del 17 de abril de 2013. M. P.: Fernando Giraldo Gutiérrez. Expediente No. 11001020300020 13-00344-00.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia del 13 de mayo de 2014. M. P.: Margarita Cabello Blanco. Expediente No. 11001-31-03-039-2007-00299 01.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia del 24 de febrero de 2015. M. P.: Jesús Vall de Rutén Ruiz. Rad. 85001-3189-001-2000-00108-01.

De Castro y Bravo, Federico, Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes. Civitas S. A. Madrid, España, 1985.

Decreto 2153 de 1992, República de Colombia.

Diez-Picazo, Luis y De León, Ponce. "Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas", artículo en Las Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas Abusivas. Ed. Civitas y Fundación BBV. Madrid, España, 1996.

Directiva 13/93/CEE, Consejo de la Unión Europea.

Fontaine, Marcel. "La protección de las partes en el contrato de seguro", en Revista Iberoamericana de Seguros No. 9. Pontificia Universidad Javeriana, CILA, IDES. Bogotá, Colombia, 1996.

Grimm, Dieter. Construccionalismo y derechos fundamentales. Traducido por Raúl Sanz Burgos y José Luis Muñoz de Baena. Editorial Trotta. Madrid, España, 2006.

Jaramillo Jaramillo, Carlos Ignacio. Derecho de seguros. Tomo II: El contrato de seguro. Teoría general del contrato. Pontificia Universidad Javeriana, Editorial Temis. Bogotá, Colombia, 2010.

Jaramillo Jaramillo, Carlos Ignacio. "La protección del consumidor y sus principales manifestaciones en el derecho de seguros contemporáneo: examen descriptivo", en Revista

Iberoamericana de Seguros No. 15. Pontificia Universidad Javeriana, CILA, IDES. Bogotá, Colombia.

Ley 78-23, República Francesa.

Ley 201 de 1959, República de Colombia.

Ley 24.240 de 1993, República Argentina.

Ley 142 de 1993, República de Colombia.

Ley 7472 de 1994, República de Costa Rica.

Ley 95-96, República Francesa.

Ley 19.496 de 1997, República de Chile.

Ley 446 de 1998, República de Colombia.

Ley 1150 de 2007, República de Colombia.

Ley 1328 de 2009, República de Colombia.

Ley 1480 de 2011, República de Colombia.

Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, República del Ecuador.

Menéndez Menéndez, Aurelio; Diez-Picazo, Luis y Águila-Real, Jesús Alfaro. El proceso de elaboración de la disciplina sobre condiciones generales en nuestro ordenamiento, en Comentarios a la Ley Sobre Condiciones Generales de la Contratación. Civitas. Madrid, 2002.

Ordóñez Ordóñez, Andrés E. Las obligaciones y cargas de las partes en el contrato de seguro. La inoperancia del contrato de seguro. Lecciones de Derecho de Seguros No. 3. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia, 2004.

Ospina Fernández, Guillermo y Ospina Acosta, Eduardo. Teoría general del contrato y del negocio jurídico. Editorial Temis. 7.ª ed. Bogotá, Colombia, 2009.

Pagador López, Javier. Condiciones Generales y Cláusulas Generales Predispuestas: La Ley de Condiciones Generales de la Contratación. Editorial Marcial Pons. Madrid, 1999.

Perdices Huertos, Antonio B., Artículo 10, En "Comentarios a la ley sobre condiciones generales de la contratación", de Menéndez Menéndez, Aurelio; Diez-Picaso, Luis y Águila-Real, Jesús Alfaro. Civitas. Madrid, España, 2002.

Pérez Vives, Álvaro. Teoría general de las obligaciones. Parte primera: "De las fuentes de las obligaciones". Cuarta edición. Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá, Colombia, 2009.

Ramírez Baquero, Édgar. La ineficacia en el negocio jurídico. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá, Colombia, 2008.

Real Decreto Legislativo 1/2007, República Española.

Rengifo García, Ernesto. Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante. Editorial Universidad Externado de Colombia. Segunda ed. Bogotá, Colombia, 2004.

Rocha Alvira, Antonio. Lecciones sobre derecho civil. Obligaciones. Revisado, actualizado y complementado por Betty Mercedes Martínez Cárdenas. Primera ed. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá, Colombia, 2009.

Rodríguez Young, Camilo Andrés. Una aproximación a las cláusulas abusivas. Legis Editores y Editorial Universidad del Rosario. Primera ed. Bogotá, Colombia, 2013.

Stiglitz, Gabriel A. y Stiglitz, Rubén S. Derechos y defensa del consumidor. Ediciones La Rocca. Buenos Aires, Argentina, 1999.

Stiglitz, Rubén S. y Stiglitz, Gabriel A. Seguro contra la responsabilidad civil. Segunda ed. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, Argentina, 1994.

Suescún Melo, Jorge. Derecho privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo. Tomo II. Universidad de los Andes, Legis. Segunda ed. Bogotá, Colombia, 2005.

Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 25383 del 31 de julio de 2001.

Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto No. 7035587 del 16 de agosto de 2007.

Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Concepto No. 520 del 16 de junio de 2009.

The Unfair Terms in Consumer Contracts Regulation de 1994 No. 3159, Inglaterra.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Asunto C-70/03. Ponente. Dr. P. Jann. 09 de septiembre de 2004.

Trigo Represas, Félix A. y Stiglitz, Rubén S. Contratos. Ediciones la Rocca. Buenos Aires, Argentina, 2001.

Uribe-Holguín, Ricardo. De las obligaciones y del contrato en general. Editorial Temis. Segunda ed. Bogotá, Colombia, 1982.

Vallespinos, Carlos G. "Las condiciones generales de los contratos". Editorial Universidad. Buenos Aires, Argentina, 1984.

Velandia, Mauricio. Derecho de la competencia y del consumo. Segunda ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia, 2011.

Veiga Copo, Abel B. Caracteres y elementos del contrato de seguro - póliza y clausulado. Biblioteca Jurídica Diké. Universidad Sergio Arboleda. Primera ed. Bogotá, Colombia, 2010.

Este libro fue compuesto en caracteres
Adobe Caslon Pro 11,5 puntos, impreso sobre
papel propal de 70 gramos y encuadernado
con método , en julio de 2015,
en Bogotá, D.C., Colombia.
Xpress. Estudio Gráfico y Digital S. A.